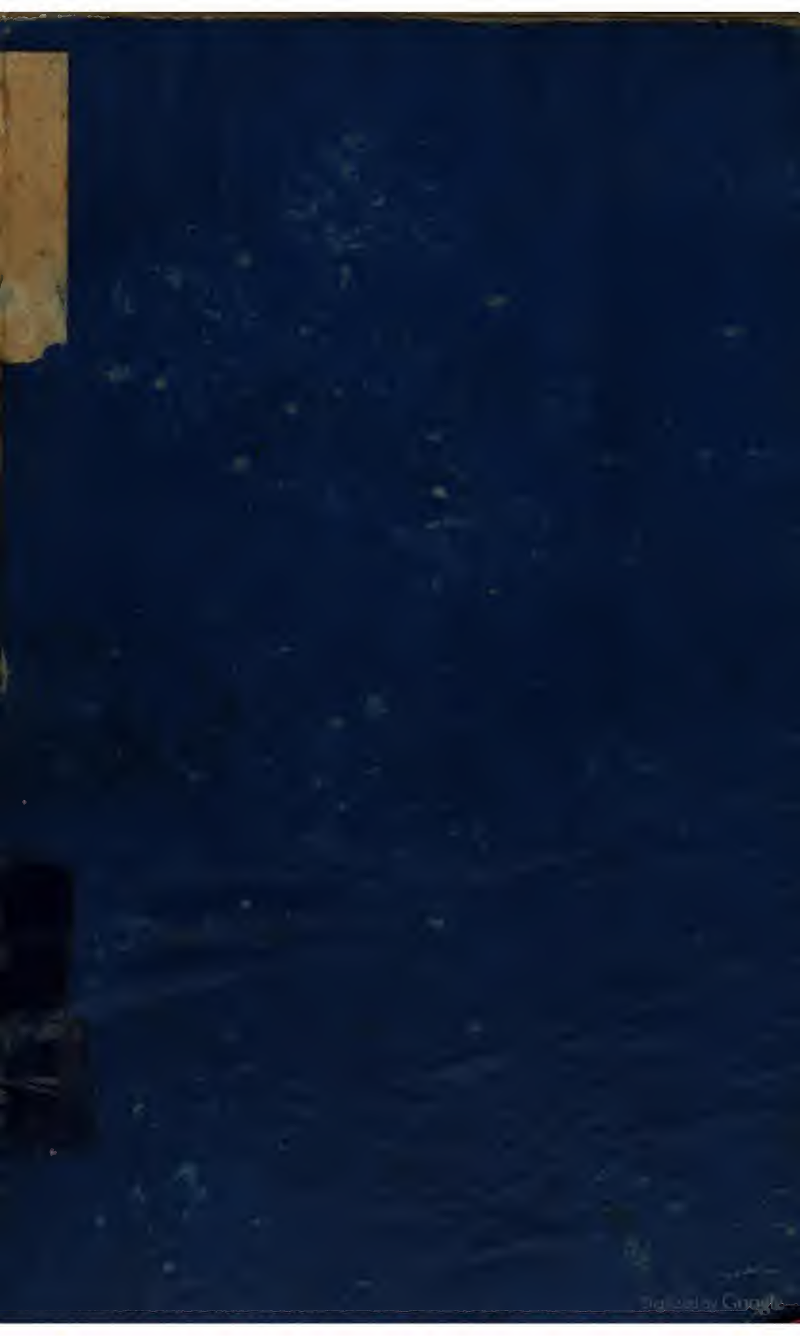
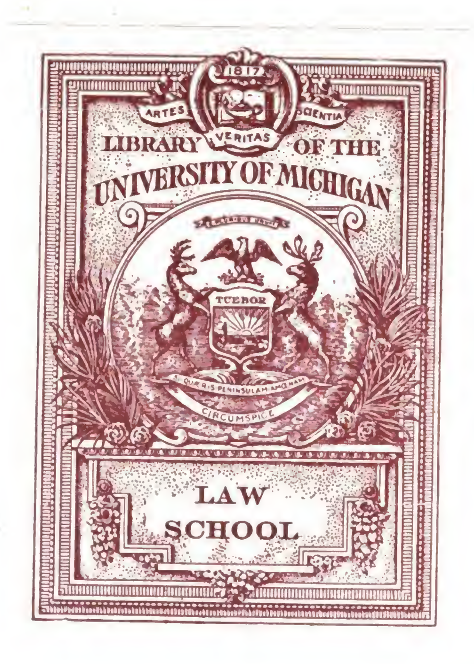



1817
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL

Württembergisches Archiv
für
Recht und Rechtsverwaltung
mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben
von
Dr. F. Ph. F. Kübel,
Oberjustizrath,
und
Dr. E. O. C. Sarwey,
Rechtskonsulent.

Vierter Band.

Stuttgart, 1861.
Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.
In Kommission bei **H. Lindemann.**

Inhaltsübersicht

des vierten Bandes.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Bescheide des Kassationshofs für Württemberg über allgemeine Fragen. Von Herrn Obertribunalrath v. Kern . . . 1

Ueber die Strafbarkeit der fahrlässigen Vernichtung oder Beschädigung einer Leibesfrucht. Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen 37

Das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers in IV. Klasse. Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey 45

Ueber die Haftpflicht der Eisenbahnen. Das geltende Recht und die Autonomie der Verkehrsanstalten. Von Herrn Rechtskonsulent Otto in Heilbronn 83

Die Kompetenz der Civil- und Administrativjustizbehörden und das Klagerecht bei Streitigkeiten über die, zum Behuf der Abfindung einer subsidiär auf dem Zehentbezug haftenden kirchlichen Baulast erforderliche Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 135

Seite
Von dem Einfluß der Rechtskraft der Entscheidungsgründe auf die Frage von der Appellabilität und die Sportelbeberechnung. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 245
Darf die Einrede der Verjährung von Richteramtswegen ergänzt werden? Von Herrn Oberjustizassessor Probst . 263
Ueber die Gerechtigkeit zu Luft und Licht. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 286
Der Ratenwechsel und die kassatorische Klausel. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 309
Zur Erörterung des Thatbestands des Betrugs. Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen 317
Zum Verfahren bei Kompetenzkonflikten, insbesondere in Fiskalprozessen. Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey . . . 333
Zur Frage von der Zuständigkeit zur Entscheidung von Ansprüchen aus dem Gewerbelehrvertrag:
a) Die neueste Entscheidung des Obertribunals vom 21. Juni 1860 348
b) Bemerkungen zu der früheren Mittheilung in diesem Archiv. Von Herrn Konsistorialpräsident v. Köstlin 356
c) Einige weitere Bemerkungen. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 363
Von der Wirkung der Restitution eines wegen Meineids Bestraften auf dessen Eidesfähigkeit und auf dessen Befähigung zu Bekleidung einer Gemeinderathsstelle. Von Herrn Oberamtmann Heinz in Nürtingen 373
Von der Berechtigung einer Armenstiftungspflege zur Zurückforderung eines ausgetheilten Geldalmosens für den Fall, daß der Empfänger später zu Vermögen gekommen ist, und von der Kompetenz zur Entscheidung über diese Frage. Von Herrn Regierungsassessor Stängel in Ulm 392

II. Fragmente.

Mittheilungen aus der Praxis des Obertribunals in Civilsachen. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 157 u. 416

A. Civilrecht.

Interdictum retinendae possessionis. Verjährung . . 157
Provisorische Maßregeln sind ohne Einfluß auf den Besitzstand 159

Seite

Die Löschung des Unterpfands bewirkt für sich keine Erlöschung des Pfandrechts 159
Sicherstellung der Rechte der Cessionare durch Erhebung einer Klage gegen den abgetretenen Pfandschuldner 160
Vergleichsanfechtung wegen Irrthums 161
Streitverkündigung ist nur in Evictionsfällen nothwendig, und selbst dann kann sie ausnahmsweise unterbleiben . . 162
Klagerecht des Assignatars gegen den Bürgen des Assignaten 165
Klage auf Rechnungsstellung 166
Unstatthaftigkeit einer Schadenersatzklage ohne gleichzeitige Liquidation des Schadens. §. 66 des IV. Edikts . . . 167
Zur Klagbarkeit eines Schiedsvertrags gehört die Bestimmung der Person des Schiedsrichters; die vorgängige Annahme der Wahl von Seiten des letzteren wird jedoch nicht erfordert 169
Schadenersatzklage gegen einen Gemeindepfleger wegen unbefugten Verzichts auf ein Unterpfand; actio nondum nata 176
Haftung des Vormunds wegen ungenügend gesicherter Anlage von Pflegschaftsgeldern 177
Befugniß des Ehemannes mit dem Beibringen seiner mit ihm in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau eine remuneratorische Schenkung zu machen, insbesondere zu diesem Zwecke Aktivkapitalien abzutreten 178
Die Verpflichtung der väterlichen und mütterlichen Ascendenten zur Alimentation der ehelichen Enkelkinder . . . 179
Anspruch der Ehefrau eines Gantmanns auf Alimente aus der Gantmasse. Provisorische Maßregel 182
Verzugszinse im Gant 183
Schafwaiderechte können auch ohne das berechtigte Gut veräußert werden 416
Ersitzung von Reallasten 417
Negatorienklage gegen eventuelle Dienstbarkeitsanmaßung . 417
Thatsächlicher Irrthum 418
Der Verzug des Käufers gibt für sich dem Verkäufer kein Recht zum Rücktritt und Weiterverkauf und zur Klage auf das Interesse 418
Kompensation illiquider Gegenforderungen 421

	Seite
Kann eine in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebende, zu den weiblichen Freiheiten zugelassene Ehefrau für eine gemeinschaftlich mit ihrem Ehemann kontrahirte Schuld von dem Gläubiger nur auf die Hälfte des im Gante ihres Mannes durchgefallenen Forderungsrestes oder auf die ganze unbefriedigt gebliebene ursprüngliche Schuldhälfte in Anspruch genommen werden?	426
Erziehungsrecht der Eltern	429
Wem liegt nach erfolgter Ehescheidung die Alimentation der in der Ehe erzeugten Kinder ob?	437
Klagerecht der von ihrem Ehemann getrennten ehelichen Mutter auf Ersatz der von ihr erst aufzuwendenden Alimente auf die in ihrer Pflege befindlichen Kinder	439
In wie weit begründet Ehescheidung für den schuldigen Theil den Verlust des Heirathguts?	441

B. Civilprozeß.

Kommunwaiderechte. Streitigkeiten hierüber gehören zur Kompetenz der Administrativbehörden	186
Zuständigkeit der Administrativjustizhörden zur Entscheidung von Ansprüchen aus einem Gewerbelehrvertrage, insbesondere von Klagen auf Entschädigung wegen vorzeitigen Austritts des Lehrlings aus der Lehre	187
Gerichtsstand der geführten Verwaltung	189
Gerichtsstand der Erben	191
Rekusation eines Richters wegen Aeußerung seiner vorläufigen Ansicht über den Ausgang des Prozesses	194
Trennung des Liquidationsverfahrens. §. 66 des IV. Edikts	195
Beweis der Absicht. Simulation	195
Geständniß des Gemeinschuldners	196
Zeugniß über Wahrnehmungen aus der Zeit der Unmündigkeit	197
Welches Alter eines Zeugen ist zu Begründung eines Gesuchs um dessen Vernehmung zum ewigen Gedächtniß erforderlich?	197
Beschwerde gegen den Ausspruch eines Gerichts über seine Zuständigkeit	198
Berechnung der zweiten Nothfrist zur Ausführung der Berufung, wenn die Partei erst nach deren Ablauf Nachricht von dem Erkenntniß erhält	199

Seite

Appellationssumme bei Klagen auf Rechnungsstellung . . . 200
Appellabilität bei Entschädigungsforderungen für die Zukunft und die Vergangenheit. Zusammenrechnung nicht statthaft 201
Nichtigkeitsklage gegen ein Prioritätsurtheil wegen unterlassener spezieller Ladung eines Gläubigers 201
Ungleichförmige Erkenntnisse. Appellabilität 202
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf den Grund neuen Vorbringens, welches aus Vergeßlichkeit früher nicht geltend gemacht worden 203
Welche Beweismittel sind zulässig, wenn ein Gesuch um Wiedereinsetzung gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf neu entdeckte Thatsachen gestützt wird 205
Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung über die Suppression einer Pfründe 442
Gerichtsstand des Kontrakts bei Klagen von Ausländern gegen bayerische Unterthanen 442
Widerruf eines Geständnisses aus dem Grunde des Irrthums über die daraus abzuleitenden Folgen 444
Urkundenedition; gemeinschaftliche Urkunden 444
Ueber die Befugniß des Oberrichters, einen unerheblichen, von dem Unterrichter auferlegten, zugeschobenen Eid von Amtswegen zu beseitigen, Reformatio in pejus 445
Die Erneuerung eines Restitutionsgesuchs aus demselben Grunde ist unstatthaft 446
Arrestjustifikation 447
Wird durch den Präklusivbescheid ein vor dessen Ausspruch nicht geltend gemachtes Vorzugsrecht einer selbst nicht von ihm betroffenen Forderung ausgeschlossen? 447
Vorzugsrechte sind auch im Fall eines Anerkenntnisses von Amtswegen zu prüfen 448
Das Vorzugsrecht III. Klasse der Kinder im Gante der Eltern wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der letzteren stehenden Vermögens hört mit der Beendigung des gesetzlichen Verwaltungsrechts nicht zugleich auf 449
Für eine künftige Forderung, insbesondere eine kaufmännische Krediteröffnung, kann durch Beglaubigung der darüber aufgenommenen Urkunde ein Vorzugsrecht nicht bestellt werden 450

Seite

Beurkundungszeugen im Sinn des Art. 15 des Prioritätsgesetzes können auch Verwandte des Gläubigers oder Schuldners seyn 453

Wird zur Auflösung eines Eheverlöbnisses zwischen Katholiken ein ehegerichtlicher Ausspruch erfordert? Mittgetheilt von Herrn Rechtskonsulent Ellinger in Mergentheim . . 456

Scheidung von Tisch und Bett nach vorderösterreichischem Recht 457

III. Miscellen.

Der erste deutsche Juristentag 206

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben von Dr. **F. Ph. F. Kübel**, Oberjustizrath,
und Dr. **E. O. C. Sarwey**, Rechtskonsulent.

Vierter Band.

Erste Abtheilung.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Bescheide des Kassationshofs für Württemberg über allgemeine Fragen.

(Von Herrn Obertribunalrath Kern.)

1.

Beschluß des Kassationshofs vom 25. Mai 1853 über die Frage, ob es dem Kreisgerichtsvorstand zustehe, einen ernannten Schwurrichter vor Beginn der öffentlichen Verhandlungen seiner Funktionen zu entheben und einen andern an dessen Stelle zu ernennen.

In Erwägung, daß das Gesetz (Art. 39, Abs. 2 des Schwurgerichtsgesetzes) dem Kreisgerichtsvorstand blos die Befugniß zuschreibt, die Richter des Schwurgerichtshofs zu ernennen und nirgends ihm das Recht einräumt, den ernannten, nachdem derselbe angenommen hat, und die

amtliche Mittheilung an den vom Vorstand des Obertribunals ernannten Präsidenten geschehen ist, wieder zurückzunehmen; daß es vielmehr für alle Fälle, wo ein Mitglied des Schwurgerichthofs verhindert ist, Fürsorge trifft, indem für den Präsidenten, wenn er seine Funktion noch nicht angetreten hat, der zum Voraus ernannte Vicepräsident, wenn er sie angetreten hat, der erste Schwurrichter eintritt (Art. 45), und für die Ergänzung eines verhinderten Schwurrichters der Schwurgerichtshof zu sorgen hat (Art. 46);

in fernerer Erwägung,

daß man aus der Stellung des Art. 46 hinter Art. 45 nicht schließen kann, es handle sich blos von den nach Eröffnung der Schwurgerichtssitzungen verhinderten Richtern, weil ihre Funktionen nicht früher beginnen, indem ihre Funktionen auch früher beginnen können (Art. 48), und indem der Art. 45 nur deßwegen von den bereits begonnenen Funktionen des Präsidenten spricht, weil für den Verhinderungsfall, wenn seine Funktionen noch nicht begonnen sind, durch die Ernennung des Stellvertreters gesorgt ist;

in weiterer Erwägung,

daß dem Zusammentritt des Schwurgerichtshofs in nicht öffentlicher Sitzung vor der öffentlichen Sitzung, um über die Verhinderung eines ernannten Mitglieds zu erkennen, und einen Ersatz- (Ergänzungs-) Richter für denselben zu wählen, durchaus nichts im Wege steht, gerade so wie es geboten seyn kann, wenn die Assisen mit einem voraussichtlich länger dauernden Falle beginnen, oder sich darauf beschränken, schon vorher wegen der Wahl der zu den drei ordentlichen Mitgliedern hinzuzufügenden Ergänzungsrichter zusammenzutreten; daß ferner der Schwurgerichtshof als konstituirt anzusehen ist, sobald der Präsident die amtliche Mittheilung von der Ernennung der Schwurrichter und des Gerichtsschreibers erhält, indem der Präsident von da an den Schwurgerichtshof zu Be-

rathung von Vorfragen in nicht öffentlicher Sitzung zusammenrufen und nach Vernehmung des Staatsanwalts (welche niemals unterbleiben darf) zu Beschlüssen veranlassen kann (wie es auch bisher gehalten wurde);

in endlicher Erwägung,

daß auch die Angeklagten ein Recht darauf haben, besonders wenn ein Schwurrichter schon nach Art. 48 funktionirt hat, daß ihnen nicht ein Richter mehr oder weniger willkürlich entzogen werde, und daß das Gesetz, wenn es dem Kreisgerichtsvorstande freistehen sollte, eine vollzogene Ernennung vor Beginn der öffentlichen Verhandlungen zurückzunehmen, dieß hätte offenbar ausdrücken müssen, wenigstens die Vorschrift des Art. 46 nicht so allgemein hätte gefaßt werden können,

beschließt der Kassationshof,

daß es dem Kreisgerichtsvorstande nicht zustehe, die vollzogene Ernennung eines Schwurrichters zurückzunehmen, vielmehr nur der Schwurgerichtshof über die Verhinderung und Ergänzung eines Mitglieds zu erkennen habe.

Nachdem Zweifel darüber erhoben worden waren, ob der zum Schwurrichter ernannte Beamte sich zu Annahme dieser Ernennung bereit erklärt haben müsse, um den Schwurgerichtshof als konstituirt betrachten zu können und wie es zu halten sey, wenn der Kreisgerichtsvorstand gleichzeitig mit der Bestellung eines Schwurrichters dieselbe an den Schwurgerichtspräsidenten ausgeschrieben, der ernannte Schwurrichter aber alsbald gegen diese Ernennung remonstrirt habe, erläuterte der Kassationshof obigen Beschluß durch Bescheid vom 28. Mai 1853 dahin:

daß diesem Beschluß rücksichtlich der Ernennung der Schwurrichter durch den Vorstand des Kreisgerichtshofs die Ansicht zu Grunde liegt, der letztere werde die Ernennung erst amtlich aussprechen, nachdem er sich vergewissert, daß in der Person des Ernannten keine Hindernisse liegen, oder der Ernannte, welchem die Pflicht der

Annahme obliegt, wenn er nicht physisch verhindert ist, werde gleich nach Empfang der amtlichen Mittheilung die Hindernisse zur Kunde des Vorstandes bringen, daß also, wenn in dem Beschluß des Kassationshofs von der Annahme des Ernannten die Rede ist, darunter nicht zunächst die ausdrücklich und amtlich erklärte Annahme, der es nicht bedarf, sondern vorzugsweise die stillschweigend, ohne Remonstration der Hindernisse hingenommene zu verstehen ist, und daß nur dann die amtliche Mittheilung an den Schwurgerichtspräsidenten als nicht geschehen betrachtet werden könnte, wenn sie ungeeigneter Weise vorher erfolgt ist, ehe es dem ernannten Schwurrichter möglich war, die in seiner Person befindlichen Hindernisse anzuzeigen, indem davon auszugehen ist, die Ernennung selbst seye nur unter der Voraussetzung geschehen, daß kein Hinderniß in der Person des Ernannten stattfinde.

2.

Ueber die Frage, ob ein Mitglied eines Kreisgerichtshofs, welches in der Verhandlung der Plenarversammlung wegen einer Disziplinaruntersuchung gegen einen Untergebenen Theil genommen, im Fall der Verweisung der Sache an den Criminalrichter und deren Gelangung an den Schwurgerichtshof als Präsident oder Richter an den Verhandlungen des letztern Theil nehmen könne, hat der Kassationshof am 9. November 1853 nachstehenden Beschluß gefaßt:

In Erwägung,

daß in einem solchen Fall die Plenarversammlung des Kreisgerichtshofs blos ihre Nichtzuständigkeit ausspricht, und die materielle und formelle Würdigung der Sache dem Strafrichter überläßt,

daß noch Niemand daran zweifelte, daß ein in der Plenarversammlung Mitstimmender später im Criminalsenat nicht verhindert sey, an der Leitung und Aburtheilung der Sache Theil zu nehmen, daß aber in einem solchen Falle

ihm die thatsächliche und rechtliche Würdigung der in der Disziplinarverhandlung zur Sprache gekommenen Sache obliegt, und daß er um so eher in der Anklagekammer und beim Schwurgerichtshofe mitwirken können muß, indem in ersterer blos die Würdigung des Verdachts, in letzterem blos die Rechtsfrage für den Richter zur Sprache kommt;

in fernerer Erwägung,

daß weder aus dem Art. 41 noch dem Art. 234 des Schwurgerichtsgesetzes in Verbindung mit Art. 39 der Strafprozeßordnung ein Unfähigkeitsgrund abgeleitet werden, und noch weniger behauptet werden kann, die Theilnahme an der Plenarversammlung erscheine als eine richterliche Funktion in einer andern Instanz,

beschließt der Kassationshof,

daß die oben berührte Frage zu bejahen sey, ohne jedoch der weiteren von den Umständen des einzelnen Falles abhängigen Frage zu präjudiziren, ob etwa ein Rekusationsgrund daraus abgeleitet werden könne.

3.

Beschluß des Kassationshofs vom 9. November 1853 über die Frage, ob der Angeklagte oder sein Vertheidiger das Recht haben, den in Art. 11 des Schwurgerichtsgesetzes vorgeschriebenen schriftlichen Antrag des Staatsanwalts einzusehen?

In Erwägung, daß die Frage näher formulirt eigentlich nur dahin geht: dem Angeklagten oder seinem Vertheidiger könne der im Art. 11 genannte schriftliche Antrag des Staatsanwalts vorenthalten werden;

in fernerer Erwägung,

daß dieser schriftliche Antrag die amtliche Aeußerung der Staatsbehörde ist, mit welcher die Voruntersuchungsakten das erste Mal durch den Referenten an das Gericht, den Criminalsenat oder die Anklagekammer gelangen, und daß die Aeußerung des Anklägers eine Parteischrift und einen wesentlichen Theil der Akten bildet;

daß das Gesetz, wenn es die Zustellung an den Referenten anordnet, dieß nur zu Ersparung des Umwegs durch den Gerichtsvorstand, nicht als blosen Leitfaden für den Referenten vorschreibt, ebendarum aber auch die Verbindung mit dem Zeugenverzeichniß, einem ganz wesentlichen Aktenstücke, befiehlt;

daß endlich, wenn der Antrag des Staatsanwalts dem Angeklagten oder seinem Vertheidiger nicht hätte zugänglich seyn sollen, dieß von dieser Parteischrift hätte ausdrücklich bemerkt seyn müssen, statt daß auf der andern Seite in die Augen fällt, wie z. B. der auf weitere Verfolgung der Voruntersuchung gerichtete und vom Gerichte genehmigte Antrag dem Angeschuldigten später gar nicht vorenthalten werden kann;

in weiterer Erwägung,

daß der Art. 9 nicht dagegen angeführt werden kann, weil er von einem Stadium handelt, wo der Antrag des Staatsanwalts noch gar nicht existirt, daß Art. 26 ebensowenig dagegen angeführt werden kann, da dieser Artikel nicht von der Voruntersuchung, sondern von den Untersuchungsakten im Allgemeinen spricht und dazu offenbar auch die Parteischrift gehört, mit welcher die Sache an den Criminalsenat gelangt; daß vielmehr Art. 100 alle Aktenstücke für zugänglich erklärt;

daß endlich die in Art. 12 vorgeschriebene Entwicklung des Antrags, welche mündlich oder schriftlich geschehen kann, als etwas bei geschlossenen Thüren Vorgehendes allerdings der Partei nicht zugänglich ist, daß aber daraus um so weniger geschlossen werden kann, auch der Antrag selbst dürfe ihr vorenthalten werden, weil dieselbe Prozedur auch nach französischem und rheinischem Rechte stattfindet, und der genannte Antrag nicht nur zu den Akten gebracht, sondern sogar in das Verweisungs-Erkenntniß eingerückt wird;

in endlicher Erwägung,

daß allerdings eine Inkonvenienz damit verbunden

seyn kann, wenn gegen den Antrag des Staatsanwalts auf Verweisung vor den Schwurgerichtshof erkannt wird, daß sich aber diese leicht vermeiden läßt, wenn der Staatsanwalt die Sache an seinen Stellvertreter abgibt; und daß sich noch weniger behaupten läßt, der Antrag könne alle rechtliche Wirkung verlieren, wenn der Staatsanwalt denselben während der Sitzung des Criminalsenats ändere, indem der Staatsanwalt bis dahin weder etwas faktisch Neues noch eine andere rechtliche Meinung erfahren hat, und daher eine Aenderuug nichts als Zurücknahme des früheren Antrags, verbunden mit dem Geständniß einer nicht reiflichen Erwägung, wäre, welche unter Zurücknahme des schriftlichen Antrags und Substituirung eines neuen zu geschehen hätte,

beschließt der Kassationshof:

daß der in Art. 11 des Schwurgerichtsgesetzes genannte schriftliche Antrag des Staatsanwalts, als einen Theil der Akten bildend, dem Angeklagten und seinem Vertheidiger nicht vorenthalten werden dürfe.

4.

Auf Anregung des K. Justizministerium sind von dem Generalstaatsanwalt vornämlich im Interesse einer schleunigen Rechtspflege Anträge

auf Beschränkung der Official-Vertheidigungen bei Nichtigkeitsklagen der Angeklagten

gestellt worden, worüber der Kassationshof am 12. Februar 1855 folgende Beschlüsse gefaßt hat:

Betreffend

1) den Antrag auf Beschränkung der Bestellung eines Officialanwalts bei Nichtigkeitsklagen des Angeklagten gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse auf die Fälle, wo von dem Verurtheilten oder seinem früheren Vertheidiger ein bestimmter gesetzlicher Grund einer Nichtigkeit angegeben ist,

in Erwägung,

daß eine Auslegung des Art. 202 des Schwurgerichtsgesetzes, welcher hier allein als maßgebend erscheint, nach den Grundsätzen der Strafprozeßordnung, wornach in der höhern Instanz keine Official-Vertheidigung eingeführt ist, nicht als anwendbar sich darstellt, indem in schwurgerichtlichen Fällen die Strafprozeßordnung nur da zur Anwendung kommen kann, wo auf dieselbe im Schwurgerichtsgesetze besonders Bezug genommen ist;

daß aber noch viel weniger die Grundsätze des Civilrechts über Bestellung von Armenanwälten zu Auslegung des Art. 202 herbeigezogen werden dürfen, indem das Prinzip, auf dem diese Anordnung der Officialanwaltschaft beruht, ein im Kriminal- und Civilverfahren ganz verschiedenes ist;

daß daher der Art. 202 nur allein aus dem Schwurgerichtsgesetze selbst erklärt werden kann, und man hiernach annehmen muß, dieser Artikel habe, wenn er in seinem Schlußsatze bestimmt: die am Sitze des Kassationshofs wohnenden öffentlichen Anwälte seyen verpflichtet, die Vertheidigungen zu übernehmen, welche ihnen von Amtswegen zugetheilt werden, diejenigen Vertheidigungen von Amtswegen im Auge, welche in dem Art. 48, Ziff. 1, des genannten Gesetzes hervorgehoben sind;

daß man daher nicht annehmen kann, der Art. 202 habe nur im Allgemeinen für den Fall Vorsorge getroffen, wenn etwa ein Officialanwalt für die Verhandlung vor dem Kassationshof bestellt wird;

daß man vielmehr davon ausgehen muß, es sey dem Schlußsatze des Art. 202 nur deßhalb die Vorschrift, ob und in welchen Fällen eine Vertheidigung von Amtswegen angeordnet werden muß, nicht vorangeschickt worden, weil der Gesetzgeber von der Voraussetzung ausgehen durfte, es sey aus dem Art. 48, Ziff. 1, bereits sattsam zu entnehmen, was unter einer Vertheidigung von Amtswegen begriffen werde;

in Erwägung ferner,

daß wenn auch in dem großh. hessischen Schwurgerichtsgesetze, welches dem diesseitigen zu Grunde liegt, eine Vertheidigung von Amtswegen bei Nichtigkeitsklagen gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse nicht unbedingt vorgeschrieben ist, doch in Betracht kommt, daß in dem Artikel 286 dieses Gesetzes wenigstens in dem Falle, wo der Kassationshof das Urtheil des Schwurgerichtshofs wegen Mängel des Verfahrens seit dem Ausspruch der Geschwornen oder wegen Verletzung des Strafgesetzes vernichtet und die Sache zur endlichen Aburtheilung bei sich behält, die Aufstellung eines Officialanwalts angeordnet ist, und diese Bestimmung des hessischen Gesetzes wohl nur deßhalb aus dem diesseitigen Gesetze wegblieb, weil der Gesetzgeber bereits durch Art. 202 in seiner Zurückführung auf Art. 48, Ziff. 1, darauf hingewiesen hatte, in welchen Fällen ein Officialanwalt zu bestellen sey;

in Erwägung endlich,

daß die Kriminalprozeßgesetze unter der von Amtswegen zugetheilten Vertheidigung nicht zunächst blos die vom Gerichte aus irgend einem Grunde aufgetragene, sondern die nothwendige zur wesentlichen Form des Prozesses gehörige, auch gegen den Willen des Angeklagten und ohne Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse zu bestellende Vertheidigung verstehen, und daß, wenn man dem Art. 202 die Auslegung einer nach dem Ermessen des Gerichts im einzelnen Falle und gewöhnlich erst auf Bitten des Angeklagten zu bestellenden Vertheidigung geben wollte, man eben damit gegen den hergebrachten Wortsinn verstoßen würde;

daß daher der Art. 202 nur die auch im Schwurgerichtsgesetze bestimmte nothwendige, nicht die in das Ermessen des Gerichts gestellte Vertheidigung im Auge haben kann, und dieselbe also, wie nach Art. 48, Ziff. 1, immer angeordnet werden muß, wenn Zuchthausstrafe droht, also sobald eine Nichtigkeitsklage gegen ein auf

Zuchthausstrafe lautendes schwurgerichtliches Erkenntniß erhoben wird oder sobald die Staatsbehörde die Klage gegen ein schwurgerichtliches Erkenntniß in dieser Richtung geltend macht, und daß diese Anordnung nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob der Verurtheilte oder in dessen Namen sein früherer Vertheidiger bei der Anmeldung der Nichtigkeitsklage einen bestimmten gesetzlichen Nichtigkeitsgrund geltend gemacht hat, indem dem Verurtheilten das Recht zusteht, die Gründe seiner Nichtigkeitsklage erst in der Verhandlung vor dem Kassationshof vorzubringen (Art. 198, 212 des Schwurgerichtsgesetzes);

beschließt der Kassationshof:

Es liege kein Grund vor, von dem bei dem Kassationshof bisher eingehaltenen Verfahren abzugehen, wornach bei Nichtigkeitsklagen gegen schwurgerichtliche, auf Zuchthausstrafe lautende Erkenntnisse oder wenn die Staatsbehörde die Klage in einer — Zuchthausstrafe drohenden Richtung erhebt, immer ein Vertheidiger von Amtswegen zu bestellen ist, falls der Verurtheilte nicht selbst einen Vertheidiger gewählt und dieser die Wahl angenommen hat;

betreffend

2) den Antrag, bei Nichtigkeitsklagen des Angeklagten gegen Verweisungserkenntnisse, in der Regel auch unter den sonst vorhandenen Voraussetzungen, einen Officialanwalt nicht zu bestellen;

in Erwägung,

daß nach dem zu Ziff. 1 Angeführten der Art. 202 auf Art. 48 zurückzuführen ist, dieser Artikel aber nur für die Verhandlungen vor dem Schwurgerichtshof die Bestellung eines Vertheidigers anordnet, der ausgehobene Art. 48 mithin keine Vertheidigung von Amtswegen in den dem Hauptverfahren vorangehenden Verhandlungen im Auge hat, der Art. 202 daher auch nicht auf Vertheidigungen bei Nichtigkeitsklagen gegen Verweisungserkenntnisse sich beziehen kann,

beschloß der Kassationshof:

Es sey bei Nichtigkeitsklagen gegen Verweisungserkenntnisse, mögen sie von der Staatsbehörde oder dem Angeklagten erhoben werden, auch bei den sonst vorhandenen Voraussetzungen ein Vertheidiger von Amtswegen nicht zu bestellen.

5.

In Beziehung auf die von dem Criminalsenat des K. Obertribunals aus Anlaß eines Spezialfalls (Rekurssache des Franz Sales Vogt von Mittelbuch, wegen Begünstigung des Falschmünzens) angeregte Frage:

ob der Begünstiger des Falschmünzens, also eines vor die Schwurgerichte zur Aburtheilung gehörigen Verbrechens, gegen welchen ein abgesondertes Verfahren stattfindet, ebenfalls nur vor das Schwurgericht gehöre und also letzteres mit Ausschluß des Kreisgerichtshofes zuständig sey?

sprach der Kassationshof am 4/11. Juni 1855 seine Ansicht in folgender Weise aus:

In Erwägung,

daß der Art. 3 des Schwurgerichtsgesetzes für diejenigen Straffälle Fürsorge trifft, welche an und für sich nicht vor die Schwurgerichte gehören, welche aber des Zusammenhangs wegen vor dieselben zu verweisen sind, daß dieser Artikel voraussetzt, das Verfahren wegen solcher Fälle finde zugleich mit dem ohnehin begründeten schwurgerichtlichen statt; daß nirgends bestimmt wird, die wegen des Zusammenhangs vorhandene schwurgerichtliche Zuständigkeit sey unter allen Umständen und namentlich auch dann begründet, wenn ein gleichzeitiges Verfahren nicht wohl thunlich ist, und daß ebendarum der Art. 4 des Schw.Ger.Ges. nicht festsetzt, es habe im Fall der Trennung immer ein schwurgerichtliches Verfahren statt-

zufinden; daß schon nach allgemeinen Auslegungsregeln eine Ausdehnung über den ausdrücklich genannten Fall, wo das an und für sich nicht begründete schwurgerichtliche Verfahren dennoch zulässig erscheint, nicht gestattet ist, und daß diese Auslegung auch der Quelle des Art. 3 des Schw.Ger.Ges., nämlich dem Art. 226, 227 des Code d'instruction völlig gemäß ist, indem hier von der Verweisung konnexer Zuchtpolizeifälle in einem und demselben Erkenntniß zum gemeinschaftlichen Verfahren mit dem Schwurgerichtsfalle gesprochen wird, über die Zuständigkeit in solchen konnexen Zuchtpolizeifällen aber, deren Verweisung nicht zum gleichzeitigen Verfahren mit dem Schwurgerichtsfall geschehen kann, nichts bestimmt ist;

in fernerer Erwägung,

daß, wenn das Gesetz die Zuständigkeit der Schwurgerichte objektiv nach dem Verbrechen in thesi ohne Rücksicht auf die im einzelnen Fall erwartete Strafe bestimmt, es durchaus überflüssig ist, von der Zuständigkeit in Beziehung auf die weiteren außer dem Thäter bei dem Verbrechen Betheiligten zu reden, indem sie ja Alle wegen desselben Verbrechens prozessirt werden und schon dem Wortlaut nach hieher gehören; daß das Gleiche von dem Versuch und den dabei Betheiligten gilt, und daß daher auch das französische Prozeßrecht, welches unter den Betheiligten, Komplizien, die Miturheber, Gehilfen und Hehler versteht, nirgends von der Zuständigkeit gegen diese spricht, daß aber nothwendig hieraus folgt, diese Betheiligten müssen unter allen Umständen ohne Rücksicht auf die Größe der sie erwartenden Strafe und ohne Rücksicht, ob das Verfahren gegen sie mit dem gegen den Thäter verbunden werden soll, — vor das Schwurgericht gestellt werden; denn wenn z. B. Mord vor das Schwurgericht gehört, so muß Derjenige, welcher zu dem Mord hilft, welcher ihn anstiftet oder versucht u. s. w., unter allen Umständen vor dieses Gericht gestellt werden, eben weil er wegen Mords prozessirt wird.

in weiterer Erwägung,

daß sich dieses Alles ganz anders verhält, wenn das Gesetz die Zuständigkeit der Strafe des einzelnen Falls in hypothesi normirt; daß in letzterem Fall, wie es auch in Württemberg bei dem Verfahren in schweren Fällen gehalten wurde, das Gericht, das wegen der Höhe der Strafe über den Thäter zu erkennen hat, für die Betheiligten an der That, welche die Strafe in hypothesi nicht trifft, nicht als zuständig erscheint; daß das Gleiche beim Versuche gilt, und daß deßwegen, wenn hieran etwas geändert werden sollte, eine besondere Bestimmung nothwendig war, daß aber diese Bestimmung, welche das Gericht beauftragt und legitimirt, auch gegen die sonst nicht vor das Schwurgericht gehörigen Betheiligten der That, obwohl sie die hypothetische Strafe nicht erwartet, zu verfahren, nicht ausgedehnt werden darf, und daß also, weil der Art. 3 hievon schweigt, der Versuch in denjenigen Fällen, wo die Zuständigkeit durch die Strafe in hypothesi normirt wird, nicht vor das Schwurgericht gehört, wenn seine voraussichtliche Strafe unter dem die Kompetenz normirenden Minimum bleibt, wenn auch die Vollendung vor das Schwurgericht gehören würde;

in Betracht,

daß die Bestimmung des Art. 3, wonach das Gericht legitimirt und angewiesen wird, wegen des Zusammenhangs zugleich gegen sämmtliche Theilnehmer zu verfahren, und welche aus dem Entwurf des Gesetzes wörtlich in das letztere überging, ihren Entstehungsgrund in dem Umstand hatte, weil der Entwurf die Zuständigkeit beinahe ausschließlich nach der Strafe in hypothesi normirte; daß diese Bestimmung für eine nach der Strafe in thesi regulirte Norm völlig überflüssig war und zugleich nicht recht gepaßt hätte, weil sich nicht einsehen ließ, warum das Gericht nur dann zuständig seyn sollte, wenn das Verfahren zugleich mit dem gegen den Thäter stattfinden sollte; daß demnach die fragliche Bestimmung des Art. 3 sich nur auf

diejenigen Schwurgerichtsfälle bezieht, deren Zuständigkeit sich auch jetzt noch nach der Strafe des einzelnen Falls richtet (Schwurgerichtsgesetz Art. 1. III. 27. IV.), und daß also die Betheiligten an einer That, bei welcher die Zuständigkeit sich nach der Strafe in hypothesi richtet, falls ihnen diese Strafe nicht droht, nur in dem ausdrücklich genannten Fall vor das Schwurgericht zu verweisen sind, wenn zugleich gegen den Thäter verfahren werden soll; daß dieselben aber nicht vor das Schwurgericht gehören, wenn das Verfahren gegen sie nicht gleichzeitig mit dem gegen den Thäter stattfinden soll, also z. B. wenn schon gegen den Thäter verfahren ist, oder, weil er gestorben ist, gar nicht verfahren werden kann, oder wenn durch die Vorbereitung des Verfahrens gegen den Betheiligten die Verhandlung gegen den Thäter (Art. 4) zu lange aufgehalten würde; daß jedoch, wenn sie einmal zum gleichzeitigen Verfahren vor das Schwurgericht verwiesen sind, geschehe dieß durch dasselbe Verweisungserkenntniß oder durch mehrere nach einander, diese einmal begründete Zuständigkeit des Schwurgerichts fortdauert, wenn auch später die gleichzeitige Verhandlung, z. B. wegen Krankheit des Betheiligten oder eines Hauptzeugen über des Betheiligten Verschuldung nicht stattfinden kann;

in weiterem Betracht,

daß wenn nach Art. 3 in dessen zweitem Theil wegen Vergehen, welche an und für sich nicht vor das Schwurgericht gehören, welche aber nach der Ansicht des Anklagesenats im Zusammenhang mit dem Schwurgerichtsfall stehen, ein gleichzeitiges Verfahren vor dem Schwurgericht stattfinden soll, also damit eine ausnahmsweise Zuständigkeit festgesetzt wird, diese Zuständigkeit ebensowenig wie bei den Betheiligten am Verbrechen dahin ausgedehnt werden darf, daß ein solches in materiellem Zusammenhang stehendes Vergehen zum abgesonderten Verfahren vor das Schwurgericht verwiesen werden dürfte; daß jedoch, wie im vorhergehenden Falle, wenn es einmal zum gleichzei-

tigen Verfahren verwiesen ist, diese Zuständigkeit fortdauert, falls sich auch spätere Hindernisse ergeben;

in fernerem Betracht,

daß es gleichgiltig ist, auszumitteln, ob der Art. 3 unter den dort genannten Theilnehmern an solchen Schwurgerichtsfällen, deren Zuständigkeit sich nach der Strafe in hypothesi richtet, die Begünstigung begreift oder nicht, weil im Verneinungsfall sie zu denjenigen gehören, deren Vergehen wegen materiellen Zusammenhangs mit dem Schwurgerichtsfall nach Vorschrift des zweiten Theils des Art. 3 ebenso zum gleichzeitigen Verfahren verwiesen werden sollen, wie dieß der erste Theil des Artikels für die Theilnehmer vorschreibt; daß jedoch überwiegende Gründe dafür sprechen, wie gleich ausgeführt werden wird, der Art. 3 verstehe die Begünstiger nicht unter den Theilnehmern;

in endlicher Erwägung,

daß die Entscheidung der Frage, ob und wer bei einem in thesi vor das Schwurgericht gehörigen Verbrechen als ein solcher Betheiligter anzusehen sey, daß das schwurgerichtliche Verfahren unter allen Umständen gegen ihn einzuleiten ist, und ob die Begünstiger darunter begriffen sind, nicht aus der Bestimmung des Art. 3 über die Theilnehmer geschöpft werden kann, weil diese Bestimmung sich zunächst nur auf die Theilnehmer an einem in hypothesi vor die Schwurgerichte gehörigen Verbrechen bezieht; daß die Entscheidung ebensowenig aus der Strafprozeßordnung entnommen werden kann, weil dieselbe schon im Allgemeinen nicht maßgebend ist, und weil ihre Kompetenzbestimmungen häufig auf der Strafe in hypothesi und auf dem damals bestehenden privilegirten Gerichtsstand fußen, daß also nichts übrig bleibt, als auf die allgemeinen Grundsätze und die Bestimmungen der Strafgesetze zu rekurriren; daß dem Wortlaut nach Alle, welche zu dem Verbrechen mitwirken, also die intellektuellen Urheber, die Miturheber, Komplottanten und Gehilfen, unter die obgenannten Betheiligten fallen, weil gegen sie wegen des die Kompetenz

normirenden Verbrechens verfahren wird; daß aber eben diesem Wortlaut nach die Begünstiger nicht hieher gehören, weil nicht wegen des Verbrechens, sondern wegen einer nachher nach Hervorbringung des Verbrechens in Beziehung auf das letztere oder den Verbrecher begangenen strafbaren That verfahren wird; daß demnach die Begünstigung als ein besonderes, nur mit dem Verbrechen im Zusammenhang stehendes Vergehen erscheint, eine Ansicht, welche neuerlich auch in der Wissenschaft vorherrschend ist, und in dem ständischen Kommissionsbericht über das Gesetz vom 13. August 1849 adoptirt wurde; daß man sich nicht auf das Strafgesetzbuch Seite 17 berufen kann, wo in der Ueberschrift von Urhebern und Theilnehmern die Rede ist, und unter den letzteren später die Komplottanten, Gehilfen, die Begünstiger, die Nichtverhindernden und die Nichtanzeigenden genannt werden, da sämmtliche Bestimmungen über Urheber, Komplottanten und Gehilfen aufgehoben sind und da das Gesetz nicht daran dachte, dadurch zugleich die Kompetenz zu reguliren; daß dagegen die neuere mit dem Schwurgerichtsgesetz gleichzeitige Strafgesetzgebung von 1849 statt von Theilnehmern im Allgemeinen zu reden, einen ganz neuen Begriff von Mitschuldigen aufstellt, darunter nach den Motiven alle diejenigen, welche bisher wissentliche Theilnehmer hießen, mit Ausnahme der Begünstiger begreift, folglich die Mitschuldigen oder Mitwirkenden, welchen sie in der Regel die Strafe des Thäters droht, von Begünstigern unterscheidet und nur in Beziehung auf diese letzteren die früheren Strafbestimmungen, aber nicht ihre Stellung im System beibehalten hat,

beschließt der Kassationshof:

1) daß bei einem in hypothesi vor das Schwurgericht gehörigen Verbrechen (Art. 1, III (27) und IV des Schw.Ger.Ges.) dieses Gericht gegen die Mitschuldigen und gegen die Begünstiger, mag man die Letzteren Theilnehmer heißen oder nicht, des Zusammenhangs wegen zustän-

dig ist, wenn ihnen auch die hypothetische Strafe nicht droht, falls gegen sie zugleich mit dem Thäter verfahren werden soll, daß aber, wenn letzteres nicht der Fall ist, sie vor die sonst zuständigen Gerichte gehören;

2) daß bei dem in thesi vor die Schwurgerichte gehörigen Verbrechen die Mitschuldigen unter allen Umständen vor die Schwurgerichte gehören, mag ihre Strafe groß oder klein und das Verfahren mit dem gegen den Thäter vereinbar seyn oder nicht; daß aber das Schwurgericht gegen den Begünstiger eines solchen Verbrechens nur dann zuständig ist, und ein solcher nur dann wegen des Zusammenhangs vor das Schwurgericht verwiesen werden darf, wenn das Verfahren zugleich gegen einen Mitschuldigen stattfinden soll;

3) daß bei den in hypothesi vor die Schwurgerichte gehörigen Verbrechen der Versuch nur dann vor das Schwurgericht verwiesen werden darf, wenn die Strafe des vorliegenden Falls hoch genug ist, daß aber bei den in thesi vor das Schwurgericht gehörigen Verbrechen der Versuchende und dessen Mitschuldige unter allen Umständen vor dieses Gericht zu verweisen sind;

4) daß Vergehen, welche im Zusammenhang mit einem schwurgerichtlichen Verbrechen stehen, — werde dessen Zuständigkeit durch die Strafe in thesi oder in hypothesi normirt, — nur dann vor das Schwurgericht verwiesen werden dürfen, wenn eine gleichzeitige Verhandlung mit dem Schwurgerichtsfalle stattzufinden hat;

5) daß jedoch in den unter 1 und 4 genannten Fällen, wenn einmal die Verweisung, sey es durch ein oder mehrere Erkenntnisse, zum gleichzeitigen Verfahren stattgefunden hat, die schwurgerichtliche Zuständigkeit begründet bleibt, wenn auch später die gleichzeitige Verhandlung z. B. durch Krankheit des Betheiligten oder eines Zeugen unthunlich seyn sollte;

6) daß die Mittheilung der vorstehenden Beschlüsse an den Kriminalsenat des K. Obertribunals, die Staats-

anwaltschaften der Kreisgerichtshöfe und durch diese an die Kriminalsenate dieser Höfe dem Generalstaatsanwalt zu überlassen sey.

6.

In Betreff der von dem K. Justizministerium angeregten Frage über die Wahl von zwei Ersatzmännern für den Bezirksausschuß zu Feststellung der Jahresliste der Geschworenen faßte der Kassationshof am 5. November 1855 nachstehenden Beschluß:

in Erwägung,

daß wenn der Art. 69 des Schwurgerichtsgesetzes die Wahl von 7 Mitgliedern des Bezirksausschusses vorschreibt, er damit die Wahl von Ersatzmännern nicht verbiete; daß die Wahl von 2 Ersatzmännern, wenn dieselbe von der verstärkten Amtsversammlung gleich nach der Ernennung der ordentlichen Mitglieder vorgenommen wird, besser jetzt als erst später mit vermehrtem Aufwand von Zeit und Kosten geschieht, wenn sie wegen Mangels an den zum Beschluß nöthigen 5 Mitgliedern nöthig wird, und daß die mit der Ernennung der ordentlichen Mitglieder verbundene Wahl der Ersatzmänner zugleich die Erklärung enthält, wen die verstärkte Amtsversammlung im Fall einer wiederholten Berufung gewählt haben würde;

in fernerer Erwägung,

daß die Ordnung des Eintritts der Ersatzmänner in den Bezirksausschuß am besten durch die Stimmenzahl bestimmt wird, und daß Ersatzmänner nur dann und soweit einzuberufen sind, als es an der nothwendigen Anzahl von 5 Mitgliedern fehlt;

in weiterer Erwägung,

daß, wenn das Gesetz vorschreibt, es sollen unter 7 Ausschußmitgliedern wenigstens 3 Nichtmitglieder der verstärkten Amtsversammlung gewählt werden, daraus folgt, daß sich unter den 5 zur Beschlußfassung nöthigen Ausschußmitgliedern wenigstens 1 Nichtmitglied der Amtsversammlung befindet, und daß diese Konsequenz nur dann

erreicht wird, wenn, falls sich unter den 7 Ausschußmitgliedern nur 3 Nichtmitglieder der Amtsversammlung befinden, 2 Nichtmitglieder als Ersatzmänner gewählt werden, und daß, wenn 4 Nichtmitglieder der Amtsversammlung sich unter den 7 der Ausschußmitglieder befinden, wenigstens 1 Nichtmitglied als Ersatzmann gewählt wird;

in Erwägung endlich,

daß dem Bezirksrichter als Vorstand des Ausschusses auch die Befugniß, über die Verhinderung der Mitglieder zu erkennen, zustehen muß,

beschließt der Kassationshof:

es sey der beabsichtigten Verfügung des K. Justizministerium in ihrem ganzen Umfang zuzustimmen.

7.

Hinsichtlich der von dem K. Justizministerium durch den Generalstaatsanwalt angeregten Frage:

ob es zulässig sey, gegen den wegen eines leichteren Verbrechens, z. B. wegen durch Körperverletzung verschuldeter Tödtung, Angeklagten und Verurtheilten, weil sich später die innere Seite der That als ein schwereres Verbrechen, z. B. als Mord, zeige, ein neues Verfahren einzuleiten und durchzuführen,

wurde von dem Kassationshof

in Erwägung,

daß, wenn das Schwurgerichtsgesetz Art. 192 verordnet: der Ausspruch der Geschworenen könne in keiner Weise angefochten werden, diejenigen Thatsachen, welche die Geschworenen bejaht oder verneint haben, für immer festgestellt sind, handle es sich von der äußeren oder inneren Seite der That, ausgenommen in den Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich eine wiederholte Verhandlung, Art. 170, oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens erlaubt; daß also, wenn die Geschworenen die äußere That ganz oder theilweise verneint haben (was auch dann der Fall

ist, wenn sie eine die ganze That umfassende Frage mit Nein oder Nichtschuldig beantworteten), von der verneinten That gegenüber von dem Angeklagten in strafrechtlicher Hinsicht durchaus nicht mehr die Rede seyn darf; und daß ebenso, wenn die Geschworenen die äußere Seite der That bejahten, der Ausspruch über die innere Seite unanfechtbar seyn muß, mögen sich früher oder später Umstände ergeben, welche ihn als irrig, zu hart oder zu gelinde darstellen, daß demnach, wenn die Geschworenen die schwerere innere Seite der That in Folge der Anklage verneinten, darauf in keiner Weise zurückgekommen werden darf;

in fernerer Erwägung,

daß, wenn auch die Geschworenen die schwerere innere Seite der That nicht ausdrücklich verneinten, sondern in Folge der Anklage nur über die leichtere Seite der That gefragt, sich gar nicht über die innere schwerere Seite aussprachen, ein neues Verfahren zu Feststellung einer veränderten schwereren Seite der inneren That, wenn es auch formell als Anklage auf ein anderes Verbrechen dem Namen nach lautete, doch materiell die Aufhebung des früheren Wahrspruchs und des früheren Straferkenntnisses zum Zweck hat, weil dasselbe nicht neben dem aus dem späteren Verfahren resultirenden Straferkenntnisse bestehen könnte; daß also das neue Verfahren nichts Anderes wäre, als eine Wiederaufnahme der Untersuchung in pejus, welche nicht unter die gesetzlich zulässigen Fälle fiele, also unerlaubt ist;

in schließlicher Erwägung,

daß alle vorgenannten Gründe, und zwar in noch höherem Maaße, auch für den Fall Anwendung finden, wenn die innere schwerere Seite festgestellt ist, und sich neue Beweise für eine leichtere innere Seite ergeben,

am 21. Nov. 1855 beschlossen:

daß, wenn durch den Ausspruch der Geschworenen die innere Seite der von ihnen bejahten äußeren

> That festgestellt ist, ein neues Verfahren zu Feststellung einer anderen, wenn auch nicht ausdrücklich verneinten, insbesondere schwereren Seite der äußeren That, sey es auch durch Anklage auf ein dem Namen nach anderes schwereres Verbrechen, also z. B. statt auf — durch Körperverletzung verschuldete Tödtung, auf Todtschlag oder Mord durchaus unzulässig erscheine.

Zugleich beschloß der Kassationshof an demselben Tage, sich gegen das öffentliche Ministerium dahin auszusprechen, daß, wenn auch ein noch schwebender Fall zu der vorliegenden Frage Veranlassung gegeben haben dürfte, und wenn auch sonst die Aeußerung einer Ansicht in einer schwebenden Sache, ehe sie an den Kassationshof gelange, als präjudiciell für den Angeschuldigten nicht zulässig seyn dürfte, weil, ohne ihm Gehör gestattet zu haben, entschieden würde, doch hievon im vorliegenden Falle Umgang zu nehmen sey, weil die Entscheidung den Angeschuldigten von aller Verfolgung befreit, folglich eine rechtliche Benachtheiligung oder Beschwerde gar nicht denkbar sey.

8.

Unter dem 9. Juni 1856 faßte der Kassationshof nach Anhörung des Generalstaatsanwalts mit seinem aus Gelegenheit mehrerer Gesuche um Wiederaufnahme des Verfahrens gestellten Antrag über das bei solchen Gesuchen einzuhaltende Verfahren nachstehenden Beschluß:

In Erwägung,

daß der zehnte Titel des Gesetzes über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören, zwar bestimmt, in welchen drei Fällen die Wiederaufnahme einer schwurgerichtlich erledigten Untersuchung von dem Kassationshof ausgesprochen werden könne, dagegen — mit Ausnahme des zweiten Falls darüber nichts verfügt, in welcher Weise bei dem — diesem Bescheid vorangehenden Verfahren vorgeschritten werden soll, daß es jedoch ange-

messen erscheint, daß für die Behandlung von Wiederaufnahmegesuchen feste Normen bestehen,

beschließt der Kassationshof:

nachfolgende Sätze aufzustellen, und durch die Generalstaatsanwaltschaft an sämmtliche Staatsanwaltschaften, Bezirksgerichte und Kriminal= (Anklage=) Senate der Kreisgerichtshöfe, sowie an die Verwaltungen der Civilstrafanstalten ausschreiben zu lassen;

1) die Wiederaufnahme einer durch schwurgerichtliches Erkenntniß erledigten Untersuchung ist nur zu Gunsten des Verurtheilten zuläßig und für diesen durch das Gesetz ausdrücklich auf die drei Fälle beschränkt:

a) wenn zwei Personen wegen desselben Verbrechens durch zwei verschiedene Erkenntnisse verurtheilt worden sind, und aus der Vergleichung beider Erkenntnisse die Unschuld des einen oder des andern Verurtheilten hervorgeht (Art. 257);

b) wenn Jemand wegen Tödtung verurtheilt worden ist, später aber Beweisstücke dafür erbracht werden, daß die Personen, deren angeblicher Tod Veranlassung zur Verurtheilung gegeben, noch lebe (oder wenigstens zur Zeit ihres angeblichen Todes noch gelebt habe) (Art. 258);

c) wenn ein oder mehrere Zeugen, welche gegen den Verurtheilten und zu dessen Lasten ausgesagt hatten, wegen ihres in dieser Sache abgelegten Zeugnisses, als eines falschen, verfolgt und dieselben, falls sie noch leben, durch schwurgerichtliches Erkenntniß eines falschen Zeugnisses zu Lasten des Verurtheilten für schuldig befunden worden sind, (Art. 259), oder falls sie vorher gestorben, von dem Kriminalsenat über die Anklage gegen sie erkannt worden ist (Art. 260).

2) Hieraus folgt, daß nicht nur in allen den Fällen, wo keines der kaum erwähnten drei Momente geltend gemacht wird, ein Gesuch um Wiederaufnahme als ganz ungegründet erscheinen muß, sondern daß auch die bloße Behauptung, es habe ein Dritter das Verbrechen verübt, oder

es lebe die angeblich getödtete Person noch, oder es habe ein Zeuge sich des Meineides zu Lasten des Verurtheilten schuldig gemacht, keineswegs zu weiterem Einschreiten des Kassationshofs genügt, vielmehr dazu weiter gehört, daß im zweiten Falle Beweismittel für die angebliche Behauptung beigebracht werden, und in den beiden andern Fällen durch ein schwurgerichtliches Erkenntniß die Thäterschaft eines Andern oder der Meineid des Zeugen hergestellt oder wenigstens über Letzteren, sofern der Zeuge gestorben, durch den betreffenden Criminalsenat erkannt ist.

3) Nach Maßgabe dieser Bestimmungen sind in den einzelnen Fällen die Gesuche der Verurtheilten um Wiederaufnahme der Untersuchung den Staatsanwaltschaften zuzustellen und von diesen zu prüfen.

4) Ergibt sich hiebei, daß gar keiner der gesetzlichen Gründe auch nur entfernt geltend gemacht wird, so ist der Betreffende unter gehöriger Belehrung vor muthwilliger Behelligung des Kassationshofes zu verwarnen, sofort aber das Gesuch, wenn derselbe trotzdem darauf beharrt, durch die Generalstaatsanwaltschaft dem Kassationshof vorzulegen.

5) Wird aber das Gesuch speziell auf die Behauptung eines der erwähnten Fälle gestützt, so ist

a) in dem zweiten Fall der Betreffende unter gehöriger Belehrung zu Benennung seiner Beweismittel aufzufordern, und sofort, falls er solche benennt, oder auch, wo dieß nicht der Fall, trotzdem auf der Vorlegung beharrt, mit dem Gesuche ebenso, wie zu 4) zu verfahren.

b) In den beiden andern Fällen hat der Staatsanwalt dem die Wiederaufnahme Nachsuchenden zu eröffnen, daß sein Vorbringen nicht an den Kassationshof erwachsen, sondern lediglich als Anzeige eines Verbrechens dem zuständigen Untersuchungsgericht zu übergeben sey, — was auch sofort zu geschehen hat.

Findet dieses keinen Grund, eine Voruntersuchung einzuleiten, oder hat letztere nur die Einstellung des Verfahrens zur Folge, so hat der Staatsanwalt dieß dem Be-

treffenden zu eröffnen, und die Vorlegung der Akten an den Kassationshof nur dann einzuleiten, wenn der Betreffende bei dem Verlangen, einen Bescheid auf sein Gesuch zu erhalten, beharren sollte.

Hat dagegen die eingeleitete Voruntersuchung Versetzung in den Stand der Anklage oder Anschuldigung zur Folge, so ist vor Allem die Erledigung dieses weiteren Verfahrens abzuwarten und je nach dem Ergebniß durch die Staatsanwaltschaft von Amtswegen das weiter im Gesetz Vorgeschriebene einzuleiten.

9.

Durch die Generalstaatsanwaltschaft war dem Kassationshof von dem K. Justizministerium aufgetragen worden, sich über die Frage gutächtlich zu äußern, welche Behörde zuständig sey, über Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Vollstreckung von Erkenntnissen der Schwurgerichtshöfe in Absicht sowohl auf Untersuchungskosten, als auf Ersatzansprüche der Civilparthie zu entscheiden.

Der Cassationshof gab seine Aeußerung am $\frac{\text{3. Janr.}}{\text{3. Febr.}}$ 1857 dahin ab:

In Erwägung, daß

I. Art. 8 des Gesetzes vom 13. Novbr. 1855, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen des Exekutions- und Pfandgesetzes, festsetzt:

„Ueber Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Exekution entscheidet — wenn es sich um die Vollziehung eines Erkenntnisses handelt, diejenige Behörde, deren Erkenntniß vollzogen werden soll,“

und daß nach Art. 30 desselben Gesetzes diese Bestimmung auf die Beitreibung öffentlich rechtlicher Forderungen analoge Anwendung findet; daß, wenn auch dieses Gesetz zunächst nur Erkenntnisse der Civilgerichte, Administrativjustizstellen und der Polizei- und Finanzbehörden

im Auge hat, doch der gleiche Grund auch bei strafgerichtlichen Erkenntnissen, soweit sie den Kostenpunkt betreffen, eintritt;

daß aber auch, wie nach der früheren Strafgesetzgebung, so nach der bisherigen feststehenden Uebung über Anfechtungen des Kostenpunkts von Straferkenntnissen, welche nicht von Schwurgerichtshöfen ausgingen, stets von dem Gerichte entschieden wird, welches das Erkenntniß ausgesprochen hat;

und daß hienach derselbe Grundsatz auch bei Einsprachen gegen die Statthaftigkeit der Exekution von Erkenntnissen der Schwurgerichtshöfe, soweit sie eine Entscheidung über Civilansprüche oder über den Kostenpunkt enthalten, zur Anwendung kommen sollte;

in weiterer Erwägung, daß

II. zwar das Schwurgerichtsgesetz keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält: die Schwurgerichtshöfe, welche regelmäßig in den gesetzlich bezeichneten Sprengeln alle Vierteljahre zur Aburtheilung der vor dieselben verwiesenen Strafsachen einberufen werden, seyen ständige Gerichte, — daß aber in dem gedachten Gesetze auch das Gegentheil nicht ausgesprochen ist;

daß gegen die Ständigkeit dieser Gerichte der Umstand, daß für jede Vierteljahrssitzung das Personal des Schwurgerichtshofs von Neuem aufgestellt wird, deshalb nicht mit Grund angeführt werden kann, weil eine Veränderung in den Personen der Richter auch bei Gerichten, deren Ständigkeit über jeden Zweifel erhaben ist, häufig vorkommt;

daß vielmehr gerade die regelmäßige Wiederkehr der Thätigkeit der Schwurgerichtshöfe in — durch das Gesetz bestimmt bezeichneten Sprengeln für ihre Ständigkeit spricht;

daß diese Eigenschaft der Schwurgerichtshöfe in dem französischen und hessischen Schwurgerichtsgesetz, welche vor-

zugsweise die Quellen des unserigen sind, ausdrücklich ausgesprochen ist, indem diese beiden Gesetze verordnen:

„daß die bestrittene oder sonst zweifelhafte Identität „eines entwichenen und wieder beigebrachten Verur„theilten durch denjenigen Schwurgerichtshof festzu„stellen sey,

„der die Verurtheilung ausgesprochen „habe,"

während in den weitaus meisten Fällen die Vierteljahrssitzung, in welcher diese Aburtheilung erfolgt war, zur Zeit der Einleitung des Identitätsverfahrens geschlossen wird,

vgl. Côde d'instruction, Art. 518—520.
Hessisches Schwurgerichtsgesetz Art. 307,

wobei dem Umstand, daß unsere Gesetzgebung nicht für nöthig fand, die angeführten Bestimmungen über das Identitätsverfahren unserem Schwurgerichtsgesetz einzuverleiben, deshalb kein Gewicht beigelegt werden kann, weil, wie schon bemerkt, unser Gesetz nirgends sich gegen den eben gedachten Grundsatz ausspricht, daß vielmehr, wenn der Art. 170 bestimmt: in dem dort erwähnten Fall sey der Schwurgerichtshof ermächtigt, eine an ihn verwiesene Anklagesache

„an die nächstfolgende Urtheilssitzung"

zu wiederholter Verhandlung zu verweisen, der Vermuthung Raum gegeben ist, es sey hier die Ständigkeit der Schwurgerichtshöfe ausdrücklich anerkannt;

daß ferner, wie durch die Eingangs erwähnte Bestimmung des revidirten Exekutionsgesetzes, so auch durch andere bei Anwendung des Schwurgerichtsgesetzes sich ergebende Verhältnisse diese Ständigkeit der Schwurgerichtshöfe bedingt erscheint;

und daß daher, wenn man dieselbe nicht annehmen wollte, in dem Schwurgerichtsgesetze eine wesentliche Lücke sich fände, was nach den Regeln der Gesetzesauslegung nicht vermuthet werden darf;

in Erwägung endlich,

daß das Stillschweigen des Gesetzes rücksichtlich des Verfahrens vor dem Schwurgerichtshof über Einwendungen, welche gegen die Statthaftigkeit einer Exekution der über Ansprüche der Civilparthie oder über Untersuchungskosten ergangenen Entscheidung desselben Schwurgerichtshofs in einer früheren Sitzung erhoben wurden, keinen Grund zu einem Bedenken geben kann, da in einem solchen Falle, wie dieses auch bei dem Art. 220 des Schwurgerichtsgesetzes eintritt, die aus dem Schwurgerichtsgesetze zu entnehmenden Grundsätze hinsichtlich der Normen des Verfahrens maßgebend seyn müssen;

beschließt der Kassationshof:

a) auszusprechen, über Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Vollstreckung von Erkenntnissen der Schwurgerichtshöfe in Absicht sowohl auf Untersuchungskosten als auf Ersatzansprüche der Civilparthie habe der Schwurgerichtshof desjenigen Sprengels, in welchem die fragliche Entscheidung erging, zu beschließen;

b) den Generalstaatsanwalt zu beauftragen, von diesem Beschluß und seiner Begründung, nachdem der Kriminalsenat des K. Obertribunals sich einverstanden erklärt hat, das K. Justizministerium in Kenntniß zu setzen.

10.

Ueber die durch das K. Justizministerium von dem Generalstaatsanwalt bei dem K. Kassationshof angeregten Fragen:

1) ob in dem Schwurgerichtsgesetze eine allgemeine Verbindlichkeit der Sachverständigen zu Annahme gerichtlicher Aufträge begründet sey;

2) falls dies zu verneinen wäre, ob den Gerichten die Androhung und Verhängung der Zwangsmaßregeln des Art. 102 und 147 des Schwurgerichtsgesetzes, wenigstens

a) gegen solche Sachverständige, welchen die Annahme gerichtlicher Aufträge zur Dienstpflicht gemacht ist, und

b) gegen solche Sachverständige, welche nach erfolgter Annahme eines Auftrags nicht erscheinen oder den Eid oder die Dienstleistung nachträglich verweigern,

gesetzlich zusteht?

gab der Kassationshof am 18. April 1857 sein Gutachten dahin ab:

In Erwägung,

daß die gutächtliche Aeußerung des Kassationshofes nicht auf die in der Voruntersuchung an Sachverständige zu ertheilenden Aufträge sich zu beziehen hat, indem in dieser Beziehung die Strafprozeßordnung maßgebend, die Aeußerung vielmehr auf das Verfahren beim Schwurgerichtshof beschränkt ist,

in Erwägung sofort,

daß zu dem, von dem Verfahren bei dem Schwurgerichtshof handelnden Titel V. des Schwurgerichtsgesetzes die K. Staatsregierung, welche der Sachverständigen in ihrem Entwurfe gar nicht erwähnte, in den Motiven zu demselben sich dahin ausspricht:

daß die Sachverständigen in dem Entwurfe unter dem allgemeinen Namen der Zeugen begriffen seyen,

und die ständische Kommission den Antrag stellte, in einem besondern Artikel zu bestimmen:

daß die in dem Gesetz enthaltenen Bestimmungen hinsichtlich der Zeugen im Allgemeinen auch von den Sachverständigen gelten,

welcher Antrag in dem Art. 151 des Schwurgerichtsgesetzes die gesetzliche Sanktion erhielt;

in Erwägung somit,

daß die ständische Kommission es nicht für genügend hielt, in den Motiven sich darauf zu beziehen, daß die Sachverständigen unter den Zeugen begriffen seyen, son-

dern, um jeden Zweifel zu heben, ausdrücklich wollte ausgesprochen wissen, daß die im Gesetz hinsichtlich der Zeugen enthaltenen Bestimmungen im Allgemeinen auch für die Sachverständigen gelten, und unter diesen Bestimmungen die in den Art. 102 und 147 des Gesetzes hervorgehobene Verbindlichkeit der Zeugen, auf ergangene Vorladung zu erscheinen und Zeugniß abzulegen, in erster Linie steht; daß Art. 151 bei seiner Disposition somit gerade diese Verbindlichkeit zunächst im Auge haben muß, wie denn auch neuere Gesetzgebungen die Verbindlichkeit der Sachverständigen zu Abgabe von Gutachten, unter völliger Gleichstellung mit den Zeugen ganz ausdrücklich festsetzen;

siehe	österreich.	St.P.O.	v. J. 1850	§. 270.
"	"	"	v. J. 1853	§. 75.
"	hannöv.	"	" " "	§. 143.
"	badische	"	" " "	§. 220. 221.
"	thüring.	"	" " "	Art. 223.

in Erwägung ferner,

daß — wenn auch die Sachverständigen von den Zeugen dadurch sich unterscheiden, daß letztere die Einzigen sind, welche dem Richter die nöthige Auskunft über das in Vorwurf gekommene Verbrechen zu ertheilen vermögen, und daher Dritte nicht an ihre Stelle treten können, was in der Regel anders bei Sachverständigen ist, — man doch nicht darauf hingewiesen seyn kann, anzunehmen, der Gesetzgeber habe die Verbindlichkeit der Sachverständigen zu Annahme gerichtlicher Aufträge in beschränktem Sinn, d. h. nur für den Fall im Auge, wenn der Richter nach der Lage der Sache keinen andern als den von ihm aufgerufenen Experten mit der in Frage stehenden Auflage zu betrauen im Stand sey, umsoweniger, als dieß zu großen, das richterliche Ansehen gefährdenden Inkonvenienzen führen könnte, wiewohl der Richter, falls ihm noch andere zu berufende Experten zu Ge-

bot stehen, rechtzeitige Entschuldigungen des Berufenen möglichst berücksichtigen wird;

in Erwägung endlich,

daß auch der Art. 51 des Schwurgerichtsgesetzes dem Präsidenten ganz allgemein das Recht einräumt, im Lauf der öffentlichen Verhandlungen Jeden, selbst durch Vorführungsbefehle, vorzuladen und zu vernehmen, ohne ihm weitere Schranken zu setzen, als diejenigen, welche aus dem Gesetz selbst sich ergeben (Art. 131 und 261),

beschließt der Kassationshof, sich dahin auszusprechen:

daß alle Sachverständigen in dem Verfahren bei dem Schwurgerichtshof durch den Art. 151 des Schwurgerichtsgesetzes denselben Bestimmungen, wie die Zeugen, unterworfen und somit verpflichtet seyen, den ihnen ertheilten gerichtlichen Auflagen nachzukommen, und daß in Folge dessen gegen dieselben im Fall eines Ungehorsams mit den in Art. 102 und 147 des Schwurgerichtsgesetzes angedrohten Zwangsmaßregeln einzuschreiten sey.

11.

In Folge des an den K. Kassationshof durch die Generalstaatsanwaltschaft gelangten Auftrags des K. Justizministerium, sich im Allgemeinen gutächtlich über die Frage zu äußern:

ob ein Schwurgerichtshof zuständig sey, eine von einem andern Gerichte rechtskräftig erkannte, aber noch nicht oder nicht vollständig vollzogene Strafe wegen eines Vergehens, welches als ein mit dem schwurgerichtlich abzuurtheilenden Vergehen zusammentreffendes erscheint, nach Maßgabe des Art. 35 des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 abzuändern, oder jene Strafe, falls sie wegen eines nicht zusammentreffenden Vergehens erkannt ist, nach Maßgabe des Art. 50 des Strafgesetzbuchs und Art. 30 der Strafprozeßordnung zu verwandeln?

faßte der Kassationshof am 10. Juni 1857 nachstehende Beschlüsse:

betreffend

I. den Fall, in welchem es sich von zusammentreffenden Vergehen (Art. 115 des Strafgesetzbuchs und Art. 17 der Justiznovelle vom 13. Aug. 1849) handelt,

in Erwägung,

1) daß Art. 35 der Justiznovelle ausdrücklich bestimmt: „Das Gericht, welches ein zusammentreffendes Verbrechen oder Vergehen aburtheilt, nachdem die Strafe wegen eines andern solchen Verbrechens rechtskräftig erkannt, aber noch nicht vollzogen ist, kann diese Strafe erhöhen oder verwandeln oder aufheben,"

2) daß die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf schwurgerichtliche Fälle um so weniger mit Grund bezweifelt werden kann, als einer der hauptsächlichsten Zwecke, welche durch die Erlassung der Justiznovelle vom 13. Aug. 1849 erreicht werden sollten, darin bestand, das Gesetz über das Verfahren vor den Schwurgerichten der bestehenden Straf- und Strafprozeßgesetzgebung anzupassen, und insbesondere in den Motiven zu dem Entwurf der Justiznovelle ausdrücklich gesagt ist:

„Zugleich war es nöthig, weil sich die prozessualischen Bestimmungen über Konkurrenz nicht mehr mit den Vorschriften für Schwurgerichtsfälle vertrugen, einige Abänderungen schon jetzt auszusprechen und zugleich festzusetzen, daß die Strafausmessungsgrundsätze unverändert bleiben, wenn auch konkurrirende Verbrechen durch verschiedene Erkenntnisse abgeurtheilt werden,"

beschließt der Kassationshof:

daß ein Schwurgerichtshof durch Art. 35 der Justiznovelle vom 13. Aug. 1849 verpflichtet sey, eine von einem andern Gerichte rechtskräftig erkannte, aber noch nicht oder nicht vollständig vollzogene Strafe wegen eines Vergehens, welches als mit dem von ihm abzuurtheilenden Verbrechen

oder Vergehen zusammentreffend erscheint, nach Maßgabe jenes Artikels abzuändern.

Betreffend sodann

II. die Frage, ob ein Schwurgerichtshof zuständig sey, eine wegen eines nicht zusammentreffenden Vergehens rechtskräftig erkannte, aber noch nicht oder nicht vollständig vollzogene Strafe nach Vorschrift des Art. 50 des Strafgesetzbuchs und Art. 30 der Strafprozeßordnung zu verwandeln?

in Erwägung,

1) daß Art. 50 des Strafgesetzbuchs diese Verwandlung einer der beiden Strafen, wenn es Freiheitsstrafen verschiedener Art sind, in die härtere vorschreibt, Art. 30 der Strafprozeßordnung aber anordnet, daß zu dieser Verwandlung dasjenige Gericht zuständig sey, welchem nach den Bestimmungen der Strafprozeßordnung die Bestrafung der neuen Verschuldung zukomme;

2) daß, wenn hier von Gerichten die Rede ist, deren Zuständigkeit durch die Strafprozeßordnung festgestellt wird, hieraus keineswegs geschlossen werden muß, die eben erwähnte, aus Zweckmäßigkeitsgründen gegebene allgemeine Vorschrift, welche man auch dann für passend bezeichnen muß, wenn das eine der erkennenden Gerichte ein Schwurgerichtshof ist, solle dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die Gerichtsstelle, welche das in Frage stehende Erkenntniß nach Art. 30 der Strafprozeßordnung zu verwandeln hätte, erst nach Emanirung dieses Gesetzes in den Kreis der vaterländischen Strafgerichte eingereiht worden ist;

3) daß vielmehr, wie zu I. gezeigt wurde, der Art. 35 der Justiznovelle vom 13. Aug. 1849 den Schwurgerichtshöfen vorschreibt, noch nicht vollzogene rechtskräftige Erkenntnisse über Vergehen, welche als mit den von ihnen abzuurtheilenden Verbrechen zusammentreffende erscheinen, durch Aufhebung, Erhöhung oder Verwandlung der erkannten Strafe abzuändern, — daraus mit Bestimmtheit geschlossen werden kann, daß die Schwurgerichtshöfe auch

die weit einfachere und in das Materielle des früheren Erkenntnisses keineswegs eingreifende Operation des Art. 50 des Strafgesetzbuchs vorzunehmen haben,

beschließt der Kassationshof:

daß auch die Schwurgerichtshöfe die durch Art. 50 des Strafgesetzbuchs bestimmte Verwandlung einer noch nicht oder nicht vollständig vollzogenen Strafe wegen eines nicht zusammentreffenden Verbrechens oder Vergehens vorzunehmen verpflichtet seyen.

12.

In Betreff der von dem Kriminalsenat des K. Obertribunals aus Anlaß eines Spezialfalls angeregten Frage über die Zuständigkeit zu Erledigung von Beschwerden über Durchstriche von Anrechnungen in Schwurgerichtsfällen faßte der Kassationshof am 9. November 1853 den Beschluß:

in Erwägung, daß, so lange der Schwurgerichtshof versammelt ist, der Präsident die Revision der nothwendigen, jedenfalls vorschußweise von der Staatskasse zu tragenden Kriminalkosten vorzunehmen hat, die später zur Revision kommenden aber dem Kriminalsenat des betreffenden Kreisgerichtshofs anheim fallen; daß aber die nicht nothwendigen, von der Partei zu tragenden Kriminalkosten nur von dem Schwurgerichtspräsidenten zu revidiren und daher rechtzeitig vorzulegen sind;

in fernerer Erwägung,

daß eine Beschwerde über einen Durchstrich des Schwurgerichtspräsidenten zunächst an den Hof zu bringen ist, und daß erst von dessen Verfügung eine Beschwerde an den Kassationshof stattfinden kann, wenn man sie überhaupt zulassen will, insofern die Erledigung solcher Dinge nicht zu den gewöhnlichen Attributionen des Kassationshofes gehört;

in fernerer Erwägung,

daß eine Beschwerde über eine Verfügung eines Kri-

minalsenats des Kreisgerichtshofs nur an den Kriminalsenat des Obertribunals gelangen kann;

in endlicher Erwägung,

daß Rechtskonsulent K. als freiwilliger Vertheidiger des vor dem Schwurgerichtshof zu Ellwangen wegen Anzündung prozessirten Georg Fuchs von Stöckenhof versäumte, die Entscheidung des Schwurgerichtshofs über die Verfügung des Schwurgerichtspräsidenten herbeizuführen:

daß zwar in thesi nur der Kassationshof zu Erledigung der K.'schen Beschwerde zuständig seyn würde, daß aber dieselbe jedenfalls, weil versäumt wurde, die Entscheidung des Schwurgerichtshofs herbeizuführen, abzuweisen sey, und daß der Kriminalsenat des Obertribunals nur zu Erledigung von Beschwerden gegen die Verfügung des Kriminalsenats des Kreisgerichtshofs in Kriminalkostensachen zuständig seyn könne.

13.

In der von dem Schwurgerichtshof zu Ellwangen verhandelten Anklagesache gegen Georg Junker von Ebnat und Genossen wegen Todtschlags, beziehungsweise Körperverletzung, war die nothwendige Vertheidigung des vermögenslosen Junker dem Rechtskonsulenten F. übertragen worden, und in Beziehung auf die drei andern Angeklagten, welche die Bestellung eines Vertheidigers von Amtswegen nicht anzusprechen hatten, erklärte F. erst im Beginn seiner Vertheidigungsrede, daß er im Auftrage derselben auch ihre Vertheidigung führen werde, was sodann auch mit Genehmigung des Schwurgerichtspräsidiums geschah. Von den von F. für seine Bemühungen in dieser Sache angerechneten Kosten glaubte der Staatsanwalt nur einen Theil als Vorschuß aus der Staatskasse ausbezahlen, den andern Theil aber auf die andern Angeklagten, in deren Interesse die Vertheidigung gleichfalls geführt worden, überweisen zu müssen. Der Schwurgerichtshof erklärte

jedoch eine Theilung der Kosten für unzuläßig, weil F. sich erst am zweiten Tage der schwurgerichtlichen Verhandlung zu Vertretung der drei übrigen Angeklagten entschlossen und jedenfalls schon die Vertheidigung des Junker allein die Durchgehung aller Akten und die Vornahme der Reisen erfordert habe. Dagegen bat nun der Staatsanwalt, seine Ausführung zur Kenntniß des Kassationshofs zu bringen und dessen Beschlußfassung über diesen zweifelhaften Fall herbeizuführen.

Der Kassationshof fand kein Bedenken, sich zu Entscheidung der Beschwerde der Staatsanwaltschaft zu Ellwangen über den in Frage stehenden Beschluß des Schwurgerichtshofs in Betreff der Kosten für zuständig zu erklären und ertheilte am 12. Novbr. 1853

in Erwägung,

daß die von dem Schwurgerichtshof zu Ellwangen für seine Verfügung geltend gemachten Gründe als zutreffend zu erachten sind,

den Bescheid,

daß die angebrachte Beschwerde als unbegründet abzuweisen sey.

14.

Auf die Bitte des Rechtskonsulenten O. als Vertheidigers des Unterlehrers Wucherer von Freudenstadt und Genossen in deren Nichtigkeitsklagsache gegen das Erkenntniß des Schwurgerichtshofs zu Ludwigsburg vom 5. Februar 1852 um Ausbezahlung seiner Anrechnungen aus der Staatskasse beschloß der Kassationshof am 19. Juli 1854

in Erwägung,

daß eine Vertheidigung von Amtswegen nur da statthaft ist, wo den Angeklagten in Folge der Verhandlungen vor dem Kassationshof die Strafe des Zuchthauses treffen kann,

in weiterer Erwägung,

daß im vorliegenden Fall nur von den Angeklagten

die Nichtigkeitsklage erhoben und von den meisten auf Art. 193 I. 4 des Schwurgerichtsgesetzes gestützt worden ist, ein Aufsteigen zur Zuchthausstrafe also, da der Schwurgerichtshof nur auf Gefängniß erkannt hatte, nicht möglich war;

in fernerer Erwägung,

daß auch die weiteren von dem Angeklagten Haug geltend gemachten, theils auf eine angebliche Niederschlagung des Verfahrens im Weg der Gnade, theils auf den Art. 53 des Schwurgerichtsgesetzes gestützten Nichtigkeitsgründe jene Folge nicht haben konnten, weil, wenn jenen Gründen Geltung eingeräumt worden wäre, im ersten Fall gar keine und im zweiten nur eine Strafe wegen Komplotts zu einem Aufruhr hätte eintreten können;

in Erwägung endlich,

daß aus den angeführten Gründen die von dem Rechtskonsulenten O. vor dem Kassationshof geführte Vertheidigung keine von Amtswegen angeordnete war:

die oben bezeichnete Bitte des Rechtskonsulenten O. abzuweisen.

15.

Auf die Bitte des Rechtskonsulenten G., als Vertheidigers des Kaufmanns Julius Hausmann von Blaubeuren in dessen Nichtigkeitsklagsache gegen das Erkenntniß des Schwurgerichtshofs zu Ludwigsburg vom 5. Febr. 1852 um Ausbezahlung seiner Anrechnungen aus der Staatskasse faßte der Kassationshof am $\frac{\text{4. April}}{\text{11. Juni}}$ 1855 den Beschluß, die Beschwerde abzuweisen:

in Erwägung, daß eine Vertheidigung von Amtswegen nur da statthaft ist, wo den Angeklagten in Folge der Verhandlungen vor dem Kassationshof die Strafe des Zuchthauses treffen kann;

in weiterer Erwägung,

daß im vorliegenden Fall nur von dem Angeklagten

die Nichtigkeitsklage erhoben worden ist, und daß deßhalb, soweit sie auf Art. 193 I. 4 des Schwurgerichtsgesetzes gestützt wurde, ein Aufsteigen zur Zuchthausstrafe, da der Schwurgerichtshof nur auf Gefängniß erkannt hatte, nach Art. 223 jenes Gesetzes nicht möglich war;

in fernerer Erwägung,

daß auch der weitere von dem Angeklagten auf Art. 53 des Schwurgerichtsgesetzes gestützte Nichtigkeitsgrund jene Folge nicht haben konnte, weil, wenn ihm Geltung eingeräumt worden wäre, der mit diesem Artikel angegriffene Theil des schwurgerichtlichen Erkenntnisses von diesem hätte getrennt und der Staatsbehörde zu etwaiger weiterer Verfolgung überlassen, der übrige Theil des Erkenntnisses aber aufrecht erhalten werden müssen, daß somit auch in diesem Fall die Voraussetzungen einer Vertheidigung von Amtswegen nicht zugetroffen wären.

---

2) Ueber die Strafbarkeit der fahrlässigen Vernichtung oder Beschädigung einer Leibesfrucht.

(Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen.)

Nach württembergischem Rechte ist unzweifelhaft, daß fahrlässige Vernichtung oder Beschädigung der Leibesfrucht im Allgemeinen nicht strafbar ist.[1] Die Leibesfrucht ist strafrechtlich hinsichtlich der Möglichkeit fahrlässiger Verletzung nur in so weit berücksichtigt, als der Art. 272 des Strafgesetzbuchs die Zufügung einer Körperverletzung an einer Schwangeren, deren Zustand dem Handelnden bekannt gewesen ist, als einen besondern Erschwerungs-

[1] Hufnagel, Bd. II. S. 99, III. S. 305. Hepp Comm. Bd. III. S. 305. Ueber die in der Doktrin des gemeinen Rechts hierüber bestehende Streitfrage zu vergl. Heffter, Strafrecht 6. Auflage §. 265 n. 1 und die dort Angeführten; über die Frage in legislativer Hinsicht: Motive zum bayrischen Entwurf von 1854 S. 98.

grund hervorhebt, welcher jedoch nur innerhalb der Strafnahme wirkt.[2]

Die Annahme einer Strafbarkeit von fahrlässiger Vernichtung ꝛc. der Leibesfrucht kann mithin nur mit einem Zeitpunkte als zulässig erscheinen, wo die Leibesfrucht selbst durch ihre weitere Entwicklung eine höhere strafrechtliche Bedeutung erlangt. Unbestritten erhält sie diese mit ihrer vollständigen Trennung vom Mutterleib in Folge der nunmehr rechtlich durchaus anerkannten Existenz als Mensch und ist deßhalb die einzige Frage: Kann die Leibesfrucht bereits in einem früheren Stadium einem geborenen menschlichen Wesen gleichgestellt werden?

Eine ausdrückliche allgemeine Gleichstellung ist für einen frühern Zeitpunkt in dem Strafgesetzbuch nirgends enthalten, nur in zwei Fällen ist von der Gesetzgebung ein hieher bezüglicher Ausspruch gegeben. Es bestimmt einmal der Art. 250 des Strafgesetzbuchs für den Fall der absichtlichen Tödtung eines außerehelich geborenen Kindes, daß die Tödtung desselben während der Geburt dem Kindsmord gleich zu bestrafen sey.

Entsteht hierbei die Frage, ob hierin für den Gegenstand des Verbrechens der Tödtung überhaupt ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt sey, so sind wir für die absichtliche Tödtung zur Bejahung ohne Weiteres berechtigt. Zwar bemerken die Motive zu diesem Artikel,[3] daß er sich nicht auch auf die eheliche Geburt beziehe, allein sie erklären dieses nicht deßhalb, weil das eheliche Kind während der Geburt keinen Gegenstand einer strafbaren Tödtung bilde, sondern weil die gesetzgeberischen Gründe für mildere Behandlung des Kindsmords hier nicht zutreffen. Sie nehmen somit nur noch eine höhere Straf-

---

[2] Selbstständige Rücksicht auf die Leibesfrucht nimmt hiebei das hessische Strafgesetzbuch Art. 267, 269, das badische Strafgesetzbuch §. 230.

[3] S. 220 f.

barkeit der Tödtung der ehelichen Leibesfrucht durch die Mutter während der Geburt an. Wir sind deßhalb befugt, die absichtliche Vernichtung der Leibesfrucht überhaupt, sey sie ehelich oder außerehelich, sey der Thäter die Mutter oder ein Dritter, während der Geburt nicht unter Art. 253 ff. des Strafgesetzbuchs über Abtreibung der Leibesfrucht, sondern unter die Bestimmungen über Tödtung zu stellen.

Für die fahrlässige Tödtung sind wir, zumal bei der Bestimmung des Art. 138, noch nicht ohne Weiteres hieraus zu einem Schlusse berechtigt, aber eben so wenig zur Annahme des Gegentheils. Es hat zwar ein Regierungskommissär in der ersten Kammer[4] die Frage eines Mitglieds, ob in Art. 250 nur die mit Absicht verübte Tödtung begriffen sey, bejaht, allein in Bejahung dieser Frage liegt nur der Ausspruch, daß blos die absichtliche Tödtung des Kindes während der Geburt dem Kindsmord gleich zu achten sey, nicht aber die Verneinung der Strafbarkeit der fahrlässigen Tödtung überhaupt. Ueber diese ist sich vielmehr hiedurch weder bejahend noch verneinend erklärt.[5]

Daß aber auch eine fahrlässige Vernichtung des Kindes während der Geburt der Tödtung desselben nach der Geburt gleich zu achten sey, ist von der Gesetzgebung selbst gleichfalls in einem Falle ausgesprochen. Der Art. 252 des Strafgesetzbuchs stellt bei der Verheimlichung der Geburt die fahrlässige Hervorrufung einer todten Geburt der fahrlässigen Tödtung des lebend geborenen Kindes durchaus gleich und gibt hiemit nach dem überhaupt der Verheimlichung der Geburt zu Grunde gelegenen Thatbestand für die Mutter auch eines ehelichen Kindes eine Strafbestimmung. Dafür, daß wir auch hier nicht bei dem Fall, wo die Urheberin der Vernichtung die Mutter ist,

---

[4] Verhandlung der Kammer der Standesherren Heft III S. 858.
[5] A. M. scheint Hepp, Komm. Bd. III S. 233, 540.

und wo Verheimlichung der Niederkunft zugleich zur Sprache kommt, stehen zu bleiben haben, sprechen gleichzeitig die verschiedensten Gründe.

Der Art. 138 ist in Uebereinstimmung mit dem (aufgehobenen) Art. 52 dahin auszulegen, daß zur Annahme der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit nicht eine Erklärung derselben mit ausdrücklichen Worten erforderlich ist, daß vielmehr nur an sich aus der Strafbarkeit der dolosen Verletzung noch nicht die der culposen folgt und daß, wo die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit nicht als im Sinn des Gesetzgebers gelegen nachgewiesen werden kann, sie auf die dolose Verübung des Verbrechens zu beschränken ist.

Die Strafbarkeit der fahrlässigen Tödtung steht an sich fest, es ist nur zu ermitteln, welche Bedeutung der Art. 251 mit dem Tode eines Menschen verbindet.

Die Motive, wie die Kommission der Kammer der Abgeordneten, erachteten die Gleichstellung der absichtlichen Tödtung des Kindes während der Geburt mit der Tödtung unmittelbar nach der Geburt als sich von selbst verstehend, und zeigt namentlich die Erklärung der Commission, welche Aufnahme dieser Bestimmung in den vorhergehenden Artikel (249) verlangte, daß ein singulärer Grundsatz nicht hierin gefunden wurde. Die Gleichstellung in Art. 252 des Strafgesetzbuchs wurde ebensowenig als etwas Singuläres aufgefaßt, es wurde selbst von dem Ministertische in der Kammer der Standesherren die Weglassung der Worte „die todte Geburt oder" als zulässig erklärt, weil sie in dem Beisatze: Absterben des Kindes schon begriffen sey.[6]

Die gemeinrechtliche Doctrin[7] ist mit wenigen Aus-

---

[6] Verhandlung der Kammer der Standesherren von 1838 Heft III. S. 864.

[7] Zu vergl. Wächter, Strafrecht II. S. 164 Note 58. Morstadt zu Feuerbach §. 237, Anm. 2, S. 383. Marezoll, Strafrecht III. Auflage S. 372, Note 1 und 3. Jarke III. S. 275, 276. Berner S. 353. Henke II. S. 57. Heffter §. 268 ꝛc. Dagegen

nahmen in Uebereinstimmung mit dem richtig verstandenen Inhalte der peinlichen Halsgerichtsordnung, Art. 131 für Gleichstellung der absichtlichen Tödtung eines unehelichen Kindes durch seine Mutter während der Geburt mit dem Kindsmord. Es fehlt auch einer andern strafrechtlichen Behandlung dieser Handlung ein innerer Grund. Erhält das Kind auch erst mit der vollständigen Geburt sein selbstständiges Daseyn, so ist doch schon vor diesem Zeitpunkt dasselbe ein möglicher Gegenstand für Verletzungen, ohne daß diese, wie meist zuvor, zugleich eine Richtung gegen die Mutter zu nehmen haben und wäre eine Unterscheidung zwischen der Zeit unmittelbar vor, und nach der Geburt mit praktischen Schwierigkeiten verbunden.

Das Kind erscheint insbesondere als ein möglicher Gegenstand für fahrlässige Verletzungen, ohne gleichzeitige Richtung gegen die Mutter, bereits unmittelbar vor der Geburt. Handelt es sich bei der Annahme von strafbarer fahrlässiger Verletzung allerdings nicht, wie bei der absichtlichen, um bloße Gradation der Strafe, sondern um die Grenze von Straflosigkeit und Strafbarkeit, so können wir die Straflosigkeit wohl in so lange begreifen, als das Kind noch gleichsam ein Theil der Mutter ist, wo mithin, mag die Handelnde die Mutter oder ein Dritter seyn, regelmäßig Gesundheit oder Leben der Mutter gleichzeitig gefährdet oder verletzt wird und die Mutter hierin, der Dritte in der mit der Verletzung der Mutter verbundenen Bestrafung ihre Buße finden. Mit dem Zeitpunkt, wo die Trennung des Kindes von der Mutter unmittelbar bevorsteht, ist aber namentlich eine von einer Beschädigung der Mutter ganz unabhängige Verletzung der Leibesfrucht durch die während der Geburtshandlungen Beistehenden möglich und

---

aber allerdings Feuerbach §. 393 Note 6, übrigens nur aus positiv-rechtlichen Gründen.

ist der Mangel eines Schutzes etwas unnatürliches und deßhalb nicht ohne Weiteres zu vermuthen.

Der Art. 251 selbst (verglichen mit Art. 267) führt als Personen, welche bei fahrlässiger Tödtung vorzüglich in Betracht kommen, Geburtshelfer, Hebammen auf und erklärt Fahrlässigkeit bei Ausübung ihrer Kunst für strafbar; würde die Leibesfrucht erst mit ihrer vollständigen Trennung vom Mutterleib selbstständig in Betracht kommen, so wäre ein großer Theil des Berufskreises der bezeichneten Personen, wie der Aerzte, außerhalb der Strafbestimmung gestellt. Die Fürsorge dieser hat zugleich die Richtung auf das in naher Aussicht stehende unversehrte Gelangen der Geburt zum äußern Daseyn und wäre die Hintansetzung von Sorgfalt in solcher Beziehung nicht besonders berücksichtigt, indem z. B. bei den Hebammen, welche durch Ueberschreitung ihrer Befugnisse der Leibesfrucht in fahrlässiger Weise Schaden zufügen können, der gestiftete Schaden nicht besonders strafrechtlich in Betracht kommen könnte.[8] Wären auch die Strafbestimmungen des Polizeistrafgesetzes, Art. 35, 36 anwendbar, so zeigen doch gerade diese Artikel, sofern sie höchstens die Gefährdung des Lebens oder Integrität der Gebärenden und ihres Kindes berücksichtigen, daß die Beschädigung Beider in fahrlässiger Weise als dem Strafgesetzbuch anheimfallend betrachtet wird. Die Nichtberücksichtigung des eingetretenen Schadens würde zugleich ebenso sehr allgemeinen Grundsätzen, wie dem früher bestandenen Rechte widersprechen.[9]

---

[8] Dem Spruchkollegium der Juristenfakultät Tübingen lagen im Jahr 1858 zwei Fälle der fahrläßigen Vernichtung von Kindern durch eine Hebamme während des Geburtsaktes vor.

[9] Zu vergl. II. Medizinalordnung vom 16. Oktober 1755 Tit IV. §. 8. Bei Reyscher Ges. Sammlung XIV. S. 441. Der Artikel 252 des Strafgesetzbuchs bestimmt für die fahrlässige Vernichtung der Leibesfrucht in Folge Verheimlichung der Niederkunft gerade die-

Ist durch das Bisherige bestätigt, daß für eine Unterscheidung von absichtlicher und fahrlässiger Tödtung weder ein innerer Grund, noch ein solcher durch die Gesetzgebung gegeben ist, so liegt in Artikel 250, 252 zugleich die Bestimmung des Zeitpunktes, von welchem an eine Thätigkeit oder Unterlassung, aus welcher in fahrlässiger Weise Vernichtung und Beschädigung der Leibesfrucht hervorgeht, strafbar ist.

Der Art. 250 schließt sich, wie aus den Motiven selbst erhellt, an den Art. 171 des bayern'schen Strafgesetzbuches an, welcher für Tödtung ehelicher, wie unehelicher Geburten bestimmt:

„Eine Mutter, welche an ihrem Kinde, noch ehe sie dasselbe vollkommen zur Welt geboren, während der Geburt selbst tödtliche Mißhandlungen in mörderischer Weise vorgenommen hat, ist nach den Gesetzen wider den Kindsmord zu beurtheilen."

Ist es hier die Reizung des Nervensystems der Gebärenden, welche selbst zur Milderung der Strafen der Tödtung der ehelichen Geburt durch ihre Mutter Veranlassung gibt, so ist doch zugleich hiemit anerkannt, daß von dem Zeitpunkte an, wo die naturgemäße Absonderung des Kindes von der Mutter in Frage steht, die noch milderen Bestimmungen über Abtreibung der Leibesfrucht nicht mehr der Verschuldung entsprechend sind.

Der Art. 252 gibt uns gleichzeitig als Ursache der Vernichtung der Leibesfrucht die heimliche Veranstaltung der Niederkunft, oder andere Thätigkeiten oder Unterlassungen bei einer heimlichen Niederkunft an.

---

jenige Strafe, welche Art. 251 für einen höheren Grad von Fahrlässigkeit bei Tödtung festsetzt. Würde, was auch überhaupt die Fassung des Strafgesetzbuchs vereinfacht hätte, die Verheimlichung der Niederkunft als ein Fall des höheren Grades von Fahrlässigkeit bei der Tödtung aufgeführt, soweit sie nicht als Vorbereitungshandlung eines Verbrechens in Betracht kommt, so wäre die allgemeine Bedeutung der Bestimmung noch klarer.

Wir sind deßhalb berechtigt, als Zeitpunkt der Strafbarkeit der fahrlässigen Vernichtung oder Beschädigung [10] der Leibesfrucht die Vornahme einer sie bewirkenden Thätigkeit oder einer Unterlassung unmittelbar vor und während ihrer Absonderung von der Mutter bis zum wirklichen äußeren Daseyn zu bezeichnen. Erforderlich ist hiebei, daß zur Zeit der Vornahme der Thätigkeit die Leibesfrucht noch belebt war und sind wir zur Ausdehnung der in Art. 253 für die Abtreibung der Leibesfrucht aufgestellten Vermuthung des Causal-Zusammenhangs in keiner Weise berechtigt.

Wird das hier aufgestellte Ergebniß als ein vom Standpunkt des württembergischen Rechts nicht wohl zu beanstandendes erklärt werden dürfen, so wird doch die bedeutende Erweiterung, welche gegenüber von dem Civilrechte — neben dem größeren Schutze des Nasciturus überhaupt — der Begriff des Menschen im Strafrecht erhält, in der Regel nicht genügend beachtet und dient zur Bestätigung hievon neben dem Inhalt der württembergischen Strafgesetzgebung die Vergleichung der neueren Gesetzgebungen. [11]

---

[10] Ueber die Strafbarkeit fahrlässiger Beschädigung der Leibesfrucht bei Verheimlichung der Niederkunft zu vergl. Knapp Polizeistrafgesetz 2. Ausg. S. 53.

[11] Das bayern'sche Strafgesetzbuch (Art. 166, 171), das hessische (nassauische, frankfurter) Strafgesetzbuch (Art. 258, 261) stellen gleichfalls bei absichtlicher Tödtung und bei Verheimlichung der Niederkunft die Tödtung des Kindes in der Geburt der Tödtung nach der Geburt gleich. Das hannover'sche Strafgesetzbuch (Art. 233, 238), das badische Strafgesetzbuch (§. 215, 218 vergl. mit §. 251—254) enthalten nur bei Kindsmord die ausdrückliche Gleichstellung, während die Fassung über die Verheimlichung der Niederkunft es zweifelhaft läßt. Das braunschweig'sche Strafgesetzbuch (§. 149, 157 vergl. mit §. 4, wonach Gesetzesanalogie unbeschränkt zugelassen ist), das sächsische Strafgesetzbuch (Art. 159, 162), berühren die Gleichstellung nur bei der absichtlichen Kindstödtung durch die Mutter und enthalten für Verheimlichung der Niederkunft eine allgemeine, den Eintritt eines Erfolges nicht besonders hervorhebende Strafbestimmung. Das preu-

3) Das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers in IV. Klasse.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Der gewöhnlichste und einfachste Fall, in welchem die Frage von der Lokation des Unterpfandsgläubigers in IV. Klasse zur Sprache kommt, ist der, daß eine Liegenschaft von dem Eigenthümer und Besitzer derselben, oder von demjenigen, welcher als solcher aus den öffentlichen Büchern hervorgeht, für eine von ihm kontrahirte Schuld verpfändet wird, daß das verpfändete Objekt in der Masse des in Gant gerathenen Schuldners vorhanden ist, verkauft und der Erlös hieraus dem Gläubiger in II. Klasse zur Befriedigung zugewiesen wird, ohne aber zur vollen Zahlung der Schuld hinzureichen. Von diesem einfachsten Fall spricht der Art. 14 des Prioritätsgesetzes, wenn derselbe dem Unterpfandsgläubiger in Ansehung desjenigen Theils seiner bevorrechteten Forderung, welcher aus dem Erlös der Unterpfänder nicht befriedigt worden ist, ein Vorzugsrecht in IV. Klasse einräumt, sofern nicht ein Recht auf die III. Klasse Platz greift. Dem Wortlaut nach kann ein anderer Fall überhaupt nicht unter diesen Artikel subsumirt werden. Denn wörtlich spricht der Gesetzgeber aus:

ßische Strafgesetzbuch (§. 180, 186) faßt absichtliche Tödtung des Kindes in der Geburt, wie die gleich nach der Geburt, als Kindstödtung auf und enthält, abweichend von den Entwürfen von 1829, 1833, 1836 (Goltdammer Mot. II. S. 305) keine Bestimmung über Verheimlichung der Niederkunft, sondern nur über Beerdigen oder bei Seite Schaffen des Leichnams des unehelichen neugeborenen Kindes durch die Mutter. Zu vergl. übrigens die Bejahung der Annahme von fahrlässiger Tödtung eines Kinds durch Verhalten der Mutter vor der Geburt in Goltdammer's Archiv für preuß. Strafrecht VIII. S. 128. Das österreichische Gesetzbuch (§. 139, 339, 340) bestimmt Kindsmord als Tödtung bei der Geburt und berücksichtigt bei Verheimlichung der Niederkunft auch die todte Geburt. Der bayr. Entwurf von 1854 stellt unter Kindsmord auch die Tödtung während der Geburt, enthält sich aber besonderer Strafbestimmungen bei der Verheimlichung der Niederkunft (Art. 239. Motive S. 97).

1) daß der Pfandgläubiger nicht mit seiner ganzen Forderung, sondern nur mit einem Theil derselben und

2) nur mit demjenigen Theil, welcher aus dem Erlöse nicht berichtigt worden ist, das Vorzugsrecht IV. Klasse habe.

3) Also nicht nur dann, wenn überhaupt kein Pfandobjekt in der Masse, die zur Vertheilung kommt, vorhanden ist, sondern auch in dem Fall, wenn die Pfänder unverkäuflich waren oder wenn der ganze Erlös der Unterpfänder in II. Klasse durch einen Vorpfandgläubiger weggenommen wird, ist ein Vorzugsrecht des Pfand-, beziehungsweise Nachpfandgläubigers mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinigen. Der Wortlaut des Gesetzes setzt stets voraus, nicht nur, daß der Gläubiger in dem Gant, um den es sich handelt, als Unterpfandsgläubiger aufgetreten, sondern auch, daß er zum Theil befriedigt worden ist. Allein der Gesetzgeber hat selbst ausgesprochen, daß diese wörtliche Auslegung seiner Absicht nicht entspricht.

Das Exekutionsgesetz hat in dem Einen dieser Fälle jeden Zweifel beseitigt, indem der Art. 71, Abs. 4 desselben ausspricht, daß dem Pfandgläubiger, dessen Unterpfänder nicht verkauft werden können, die Geltendmachung seiner Ansprüche bei der unverpfändeten Masse, beziehungsweise in der dritten und vierten Klasse vorbehalten sey. Hiemit ist auf das Klarste ausgesprochen, daß die im Art. 14 gebrauchten Worte die Absicht des Gesetzgebers nicht richtig ausdrücken, indem er selbst die Geltendmachung der ganzen versicherten Forderung in vierter Klasse gestattet und zwar nicht etwa als eine Ausnahme von der Regel, sondern als eine sich von selbst verstehende Konsequenz aus den Vorschriften über Priorität. Auch das Vorzugsrecht des Nachpfandgläubigers in dem angeführten Fall zu bestreiten, ist wohl noch Niemand beigefallen.

Es ist hiemit der Beweis geführt, daß die wahre Ab-

sicht des Gesetzes, welches einen offenbar inadäquaten Ausdruck erhalten hat, nicht auf dem Wege der grammatikalischen, sondern nur auf dem Wege der logischen Auslegung zu suchen und zu finden ist. Hiemit ist von vornherein jede Schlußfolgerung beseitigt, welche aus den Worten „des aus dem Erlöse der Unterpfänder nicht berichtigten Theils der Forderungen 2c." gezogen werden will. Diese Worte müssen einfach daraus erklärt werden, daß der Gesetzgeber an den einfachsten, gewöhnlichsten Fall gedacht hat, ohne aber hiedurch die gegebene Vorschrift auf diesen Fall beschränken zu wollen. Von selbst versteht es sich aber, daß bei Ermittlung der wahren Absicht des Gesetzgebers nach dem Grund und dem Zweck des Gesetzes das Resultat sich nicht weiter von dem aus dem Wortlaut sich ergebenden Sinn entfernen darf, als sich dieß aus andern Erkenntnißquellen der wirklichen Absicht des Gesetzgebers mit voller Sicherheit rechtfertigen läßt. Denn es handelt sich um ein Privilegium, welches strikt auszulegen ist und es kann also der dem Gesetz zu Grund liegende innere Grund die Anwendung desselben auf einen Fall, auf welchen der Gesetzgeber dasselbe nicht in Wirklichkeit angewandt wissen wollte, nicht rechtfertigen. Umgekehrt kann jene Auslegungsregel selbstverständlich nicht verhindern, denjenigen Sinn des Gesetzes, welcher erweislicher Maßen der Absicht des Gesetzgebers entspricht und für welchen nur ein inadäquater Ausdruck gebraucht wurde, als anwendbares Gesetz zu betrachten.

Der Art. 20 des Prioritätsgesetzes, welcher auf Antrag der Kammer der Abgeordneten in das Gesetz aufgenommen, eine Anwendung nach dem Buchstaben vorschreibt und die „ausdehnende Erklärung" verbietet, konnte nur die analoge Ausdehnung, nicht aber die richtige, die wahre Absicht des Gesetzgebers ermittelnde Auslegung ausschließen wollen, da ohne die letztere eine richtige Gesetzesanwendung überhaupt unmöglich ist.

Die Aufgabe ist also, auf dem Wege der logischen

Interpretation, wenn sie auch über den Wortlaut hinausgeht, die wahre Absicht des Gesetzgebers zu ermitteln, ohne aber durch eine Verwechslung der Analogie mit der Auslegung das Privilegium auszudehnen. Die gewöhnlichen Quellen zur Ermittelung der wirklichen Absicht des Gesetzgebers, neben den von ihm gebrauchten Gesetzesworten, die Motive, Berichte der Kammern und deren Verhandlungen geben über die hier behandelte Frage keine direkte Auskunft. Gleichwohl sind sie mittelbar von Werth. Der Art. 14 bildete in seiner gegenwärtigen Fassung den §. 11 des Regierungsentwurfes. Die Motive zu dem Gesetzesentwurf[1] knüpfen das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers an die übrigen Vorzugsrechte IV. Classe unmittelbar an. „Endlich haben auch die Pfandgläubiger — sagen die Motive — in Ansehung desjenigen Betrages, um welchen sie aus dem Erlöse ihrer Unterpfänder nicht befriedigt werden konnten, auf den Grund der ihnen ausgestellten Pfandverschreibungen (§. 11) eben dieses Vorzugsrecht (wie die Schuldverschreibungen) anzusprechen; auch von dieser Seite fördert daher das letztere den Kredit, der außerdem durch die Besorgniß geschwächt werden könnte, es möchte ein wegen Mindererlöses aus den Unterpfändern sich etwa ergebendes Forderungsrecht in der letzten Klasse ganz oder theilweise durchfallen. Der Bericht des ständischen Ausschusses über die Gesetzesentwürfe von 1824, welcher sich entschieden gegen das Vorzugsrecht der Schuldverschreibungen und der Wechsel aussprach, verwarf folgerichtig auch das Vorzugsrecht der Unterpfandsgläubiger, „da es auf denselben Gründen beruht, auf welchen das Vorzugsrecht der Schuldverschreibungen beruhen soll." Der Kommissionsbericht über den Entwurf des Prioritätsgesetzes dagegen, welcher sich für die Vorzugsrechte IV. Klasse im Allgemeinen aus-

[1] Verh. d. K. d. A. von 18²³/₂₄ drittes außerordentliches Beilageheft Seite 92.

sprach, erklärte sich ebenso für das persönliche Vorzugsrecht des Pfandgläubigers, „weil der Pfandverschreibung als einer eigentlich öffentlichen Urkunde, auf's Wenigste gleiche Rechte zugestanden werden müssen, wie andern öffentlich beurkundeten Schuldverschreibungen."[2] Von den Ständen wurde der §. 11 des Regierungsentwurfs wörtlich ohne alle nnd jede weitere Erörterung angenommen

Kein Zweifel ist hiernach darüber, daß das Motiv, welches den Gesetzgeber bei der fraglichen Bestimmung geleitet hat, die Erwägung war, daß die in der Pfandverschreibung liegende Schuldverschreibung dieselben Rechte geben müsse, welche auch andere Schuldverschreibungen gewähren können, und es war daher naheliegend, nach der Aeußerung in dem Kommissionsbericht das ganze Gewicht der Frage auf die durch den Akt der Verpfändung hergestellte Oeffentlichkeit der Schuldverschreibung zu legen. „Das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers", wird in den Entscheidungsgründen des K. Kreisgerichtshofes zu Eßlingen vom 5. Jan. 1850 in S. v. St. g. E. gesagt, „ist eingesetzt, nicht, weil der mit Pfandrecht Versicherte damit zugleich schon einen Anspruch auf weitere Sicherheit haben sollte, sondern weil in der Pfandurkunde von selbst ein öffentlich beglaubigter Schuldschein enthalten ist, welchem mindestens derselbe Vorzug zukommen mußte, wie den in Art. 13 benannten Forderungen." Wenn der Gesetzgeber jeder aus einer öffentlichen Urkunde sich ergebenden Schuld ein Vorzugsrecht in IV. Klasse eingeräumt hätte, so wäre diese Konklusion ganz richtig. Es wäre in diesem Fall das Privilegium einfach eine unzerstörbare Eigenschaft jeder aus einer öffentlichen Urkunde erweislichen Forderung, rein objektiv ohne alle Beziehung auf die Absicht und die Thätigkeit der Kontrahenten durch die Thatsache bedingt, daß die Forderung aus einer öffentlichen Urkunde im civilprozessualischen Sinn hervorgeht und wirksam über-

[2] A. a. O. S. 348.

all, wo sie zur Verfolgung kommt. Es bedarf jedoch keines Beweises, daß diese Auffassung des Vorzugsrechtes IV. Klasse unrichtig ist. Eine Schuldverschreibung, auch wenn sie, wie die Pfandverschreibungen, von dem zuständigen Gemeinderath beurkundet ist, z. B. eine vor dem Gemeinderath eingegangene Intercession der Frau, genießt darum kein Vorzugsrecht IV. Klasse. Sie müßte aber ein solches genießen, wenn es richtig wäre, daß die in der Pfandverschreibung liegende Oeffentlichkeit der Schuldverschreibung das Vorzugsrecht erzeuge. Die Oeffentlichkeit ist allerdings wesentlich zur Bewirkung des Vorzugsrechts; aber sie ist nicht für sich allein kräftig genug, um dasselbe zu gewähren. Die Aufgabe ist also, zu untersuchen, welches Moment nach dem Gesetz zu der Oeffentlichkeit hinzutreten muß, um das Vorzugsrecht zu bewirken.

Man muß bei der Untersuchung dieser Frage auf die Entstehung der Vorzugsrechte IV. Klasse überhaupt zurückgehen. Der Entwurf der Regierung wollte jedem Wechselgläubiger und außerdem jedem, welcher gegen Ausstellung einer Schuldverschreibung Geld angeliehen oder angeborgt hat, nach der Zeit der Ausstellung des Wechsels oder der Schuldurkunde ein Vorzugsrecht IV. Klasse geben, mit der einzigen Beschränkung, daß zum Beweis der Zeit der Ausstellung im Kontestationsfall das „Anerkenntniß des Gemeinschuldners“ nicht genügen soll, vielmehr der Beweis auf andere Weise zu führen sey. Dieses Vorzugsrecht sollte an die Stelle der bisherigen Privatgeneralhypotheken treten, deren Schädlichkeit zwar anerkannt war, welche aber, ohne einen Ersatz, aufzuheben, wegen der möglichen nachtheiligen Folgen für den Personalkredit bedenklich erschien. Das Wesen der Privatgeneralhypotheken war, daß hierin nach der Württ. konstanten Praxis ein Mittel lag, durch einen zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossenen Vertrag dem ersteren einen Vorzug vor andern Gläubigern zu verleihen. Ein solches Mittel sollte fortan beibehalten werden, aber mit

Vermeidung der Gefahren, welche in dessen Mißbrauch lagen. Die Gefahr eines Mißbrauches lag darin, daß es durch diese Privatgeneralhypotheken der Schuldner in der Hand hatte, jedem beliebigen Gläubiger noch unmittelbar vor dem Ausbruche des Gantes ein Vorzugsrecht zu verschaffen, und hiedurch ältere Gläubiger in Nachtheil zu versetzen. Dieß sollte unmöglich gemacht werden. Es sollte jeder Gläubiger, welcher zu einer gewissen Zeit dem Schuldner vertraut, dessen Vertrauen der Schuldner durch Ausstellung eines Schuldscheins bestärkt und dem der Gläubiger auf Grund des Schuldscheines kreditirt hat, in diesem Vertrauen geschützt seyn, indem er späteren Gläubigern oder solchen, welche ohne besonderes Vertrauen Gläubiger wurden, vorgeht. Da es hiernach aber der Schuldner wieder in der Hand gehabt hätte, jedem beliebigen Gläubiger unmittelbar vor Ausbruch des Gantes ein Vorzugsrecht zu verschaffen und hierdurch ältere Gläubiger in Nachtheil zu versetzen, so sollte der Gläubiger die Zeit der Ausstellung des Schuldscheins zu beweisen verpflichtet seyn. Daß von diesem Gesichtspunkt aus auch der Pfandgläubiger nach der Zeit bevorzugt wurde, verstand sich von selbst. Es konnte aber nach dem Entwurf kein Zweifel darüber seyn, daß man dem Pfandgläubiger nur unter der Voraussetzuug des §. 10 des Entwurfes das Vorzugsrecht zuerkannte, d. h. nur demjenigen Pfandgläubiger, welcher dem Schuldner Geld angeliehen oder angeborgt hatte. Das weitere Erforderniß, die Ausstellung der Schuldverschreibung, lag in der Pfandverschreibung, und deßhalb konnten die Motive zu dem Gesetzesentwurf sich einfach hierauf zur Begründung des Vorzugsrechtes berufen. Von hier aus ist auch der Ausdruck „bevorrechtete Forderungen," wie überhaupt der ganze Artikel klar. Derselbe enthält nach dem Entwurf nur eine Bestätigung der Anwendbarkeit des §. 10 auf den Pfandgläubiger mit einer in der Natur der Sache liegenden Einschränkung. Der §. 11 des Entwurfes spricht

aus, daß, wenn die Voraussetzungen des §. 10 des Entwurfes zutreffen, das Vorzugsrecht IV. Klasse neben dem Rechte auf Befriedigung in II. Klasse, aber natürlich nur so weit, als aus dem Erlös der Unterpfänder Befriedigung noch nicht erfolgt ist, Platz greife. Diese besondere Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes in Anwendung auf den Pfandgläubiger auszusprechen, erschien deßhalb nothwendig, weil man andernfalls hätte annehmen müssen, durch die spezielle Unterpfandsbestellung sey die Wirkung der Schuldverschreibung, vermöge welcher sie ein persönliches Vorzugsrecht IV. Klasse erzeugt, ausgeschlossen. Ohne diese ausdrückliche Bestimmung hätte man sagen müssen, wer für eine Forderung sich ein Pfandrecht bestellen läßt, vertraut nicht dem persönlichen Kredit, und kann also das in §. 10 eingeräumte persönliche Vorzugsrecht nicht neben seinem dinglichen Befriedigungsrecht in Anspruch nehmen. Dieß hätte aber, wie die Motive sagen, den Kredit wiederum vermindert, und wäre mit dem Prinzip des §. 10 im Widerspruch gestanden. Darum verstand es sich von selbst, daß man dem Pfandgläubiger, welcher abgesehen von dem Unterpfandsrecht nach §. 10 eine „bevorrechtete Forderung" hatte, deßhalb dieses Vorzugsrecht nicht unter dem Vorwand entzog, daß er sich ein Unterpfand hiefür habe bestellen lassen. Man erachtete dieß für den Kredit, auf dessen Hebung die Gesetzgebung vorzüglich und mit Recht bedacht war, sogar für unerläßlich, um dem Gläubiger die Besorgniß zu benehmen, es möchte ein wegen Mindererlöses aus seinen Unterpfändern sich ergebender Forderungsrest in letzter Klasse durchfallen. Hiernach war im Entwurf Alles in Richtigkeit. Da, wo die Voraussetzungen des §. 10 des Entwurfes vorlagen, hatte der Pfandgläubiger das Vorzugsrecht IV. Klasse in Ansehung „seiner bevorrechteten Forderung," natürlich soweit sie nicht schon befriedigt war. Wo sie nicht vorlagen, hatte er dasselbe nicht, obwohl ein Unterpfand bestellt war. Nicht die Pfandbestellung, son-

dern das Anleihen oder Anborgen von Geld gegen Ausstellung einer Schuldverschreibung erzeugte nach dem Entwurf das Vorzugsrecht, welches, wenn eine Pfandbestellung hinzukam, um so gesicherter erschien, als der nach §. 12 des Entwurfes verlangte Beweis hier immer hergestellt war. Hiernach mußte dieses Vorzugsrecht im Gante des Hauptschuldners auch da Platz greifen, wenn für ihn ein Dritter ein Pfand bestellt hatte, sofern ihm nur Geld gegen Ausstellung einer Schuldverschreibung angeliehen oder angeborgt war. Es konnte aber nicht Platz greifen, wenn z. B. durch Einlegung von Unterpfändern eines öffentlichen Dieners eine Dienstkaution bestellt war, weil in diesem Fall kein Geld angeliehen oder angeborgt war, ebenso wenig im Gant des Bürgen, welcher als Intercedent ein Unterpfand für den Hauptschuldner bestellt hatte. Man braucht nur die Motive und den Entwurf des Gesetzes aufmerksam zu lesen, um über diese Resultate keinen Augenblick im Zweifel zu seyn. Erkannte man einmal das Prinzip an, daß zur Sicherung des Personalkredits, dessen eine gewisse Klasse nothwendig bedarf, die Möglichkeit gegeben seyn müsse, für Gelddarleihen und angeborgte Gelder ein Vorzugsrecht der Zeit zu begründen, so war in Wirklichkeit der Entwurf ganz konsequent, und namentlich auch der §. 11 desselben bezüglich des Pfandgläubigers ebenso klar als übereinstimmend mit dem Prinzip.

In diese Uebereinstimmung brachte der Kommissionsbericht eine Störung, welche bekanntlich die Quelle einer unglaublichen Zahl von Kontroversen wurde und auch auf das Vorzugsrecht der Unterpfandsgläubiger einen verwirrenden Einfluß hatte. Die Kommission, welcher die Kammer und die Regierung, ohne in der Debatte wesentlich Neues vorzubringen, zugestimmt haben, verlangte für Schuldverschreibungen und eigene Wechsel als formelles Erforderniß zur Begründung des Vorzugsrechts Beurkundung durch den Ortsvorstand mit Einwilligung des Schuldners, die

Beurkundung, um jeden Betrug durch Vordatirung der Urkunde absolut abzuschneiden, die ausdrückliche Einwilligung des Schuldners, weil es von ihm abhängen müsse, ob er sich die Oeffentlichkeit gefallen lassen wolle. Hiemit war nun in Wirklichkeit der Gedanke des Entwurfs verlassen, indem nunmehr nicht mehr die Zeit des durch Kreditiren gewährten Vertrauens entschied, sondern ein Mittel gegeben war, ganz willkührlich durch einen von dem Schuldner vorzunehmenden öffentlichen Akt dem Gläubiger ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern, welche früher vertraut hatten, einzuräumen. Hiedurch erst wurde die sogenannte, aber in Wahrheit höchst unvollständige Oeffentlichkeit der Schuldverschreibung, an welche der Regierungsentwurf nicht gedacht hatte, außer sofern sie den Beweis der Entstehungszeit der Schuld sicher stellt, zum Prinzip des Vorzugsrechts gemacht, jedoch nur unter gewissen, bekanntlich von der Gerichtspraxis im Lauf der Zeit mit äußerster Subtilität ausgebildeten Förmlichkeiten.

Nachdem dieses neue Moment zu den Bedingungen für die Vorzugsrechte des §. 10 des Entwurfs hinzugekommen war, mußte man sich die Frage vorlegen, welchen Einfluß dieß auf das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers habe. Die Kommission beantwortete diese Frage dahin, daß sich hiedurch bezüglich des Pfandgläubigers Nichts ändere, da bei diesem das durch einen Zusatz eingeführte Moment der Oeffentlichkeit von selbst zutreffe und in diesem Sinn wurde sodann der §. 11 des Entwurfs als Art. 14 des Gesetzes an den Art. 13 des Gesetzes, der mit dem Zusatz in Art. 15 des Gesetzes an die Stelle des §. 10 des Entwurfs getreten war, ohne jede Fassungsänderung angereiht. Hiebei wurde aber, wie es scheint, ein wesentlicher Umstand außer Acht gelassen, woraus die Verwirrung entstanden ist. Bei der Forderung des Unterpfandsgläubigers trifft nicht mehr, wie früher nach dem Entwurf, diejenige Form zu, welche nach dem Gesetz zu dem Vorzugsrecht der Schuldverschreibung erforderlich ist.

Der Art. 14 enthält nicht mehr, wie in dem Entwurf, die Bestätigung der Anwendbarkeit eines allgemeinen Grundsatzes auf den Pfandgläubiger, sondern stellt nach den Aenderungen in Folge der ständischen Berathung ein Vorzugsrecht des Pfandgläubigers ganz selbstständig neben das Vorzugsrecht der beurkundeten Schuldscheine. Dieß drückt auch das Gesetz selbst aus, indem in Art. 13 Nr. 2 bei Erwähnung der Gelddarlehen gegen Ausstellung eines Schuldscheins nur auf den Art. 15, nicht auf den Art. 14 als Ergänzung hingewiesen wird. Der wenn gleich nicht klar ausgesprochene Gedanke der gesetzgebenden Faktoren konnte hiernach nur der seyn, daß die Forderung, welche auf einer beurkundeten Schuldverschreibung, und die Forderung, welche auf einer Pfandverschreibung beruht, das Moment der Oeffentlichkeit gemein haben, daß aber zu diesem Moment zu Begründung des Vorzugsrechts IV. Klasse noch ein Anderes kommen müsse, bei jener die besondere Qualifikation der Beurkundung, bei dieser der Akt der Unterpfandsbestellung. Ohne ein Wort in der Fassung des Entwurfs zu ändern, war hiedurch das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers auf ein ganz anderes Fundament gestellt.

Indem dem Pfandgläubiger, losgetrennt und unabhängig von der Regel des Art. 13, wenn gleich auf ähnlichen Erwägungen beruhend, ein Vorzugsrecht eingeräumt wurde, kann der Grund des Vorzugsrechts nur die bei dem Pfandgläubiger zutreffende besondere Art der Oeffentlichkeit seyn, d. h. der Akt der Unterpfandsbestellung. Der Unterpfandsbestellung ist hiedurch dieselbe Wirkung beigelegt, welche der Beurkundung des Schuldscheins zukommt.

Es dürfte durch das Vorstehende nachgewiesen seyn, daß es nicht die Oeffentlichkeit der Schuldverschreibung ist, sondern der Akt der Unterpfandsbestellung, welcher das Vorzugsrecht erzeugt. Hierdurch ist die Ansicht ausgeschlossen. als ob das Moment der Oeffentlichkeit, ob-

jektiv und schlechthin, ohne Rücksicht darauf, wer das Pfandrecht bestellt habe, das entscheidende wäre.

Alle Faktoren der Gesetzgebung gingen stets und ohne Dissens davon aus, daß die Vorzugsrechte der vierten Klasse die Folge einer Thätigkeit des Gläubigers und Schuldners seyen, welche in der Absicht, ein Vorzugsrecht zu erwerben und zu gewähren, vorgenommen wird, sey nun diese Thätigkeit die Ausstellung eines Wechsels, die Ausstellung eines Schuldscheins und Einwilligung in die Beurkundung, Schuldklage und Annahme des Zahlungsbefehls oder Pfandbestellung. Wenn man aber erwägt, daß in dem Obligationenrecht jeder Akt zu Folge einer in der Natur der Sache liegenden fast ausnahmslosen Regel nur in dem Verhältniß der Handelnden zu einander Wirkung äußert, daß der Kommissionsbericht ohne Widerspruch zu erfahren, das Vorzugsrecht der beurkundeten Schuldverschreibung an die Bedingung der ausdrücklichen Einwilligung des Schuldners in die Beurkundung geknüpft, also vorausgesetzt hat, daß ohne die zustimmende Willenserklärung des Schuldners, durch den Akt eines Dritten jenem gegenüber kein Vorzugsrecht konstituirt werden könne, so ergibt sich hieraus von selbst, daß der Akt der Pfandbestellung ebenso nur gegenüber demjenigen Schuldner ein Vorzugsrecht erzeugen kann, in dessen Person dieser Akt den Grund seiner Rechtsgiltigkeit hat. — Dieses Resultat findet auch seine Bestätigung in dem Wortlaut des Artikels selbst, welcher dem „Unterpfandsgläubiger" das Vorzugsrecht einräumt. Es kann hiernach Niemand dieses Vorzugsrecht ansprechen, welchem nicht das Prädikat „Unterpfandsgläubiger" zur Seite steht. Da das Gesetz nur die Lokation der Gläubiger eines in Gant gerathenen Schuldners ordnet, so konnte dasselbe unter Unterpfandsgläubiger nur denjenigen verstehen, welcher Unterpfandsgläubiger des Schuldners geworden ist, dessen Masse zur Vertheilung kommt.

Ich glaube hiemit dargethan zu haben:

1) daß die Oeffentlichkeit der Schuldverschreibung für

sich allein das Vorzugsrecht des Art. 14 nicht begründet,

2) daß es vielmehr der öffentliche Akt der Unterpfandsbestellung ist, welcher das Vorzugsrecht erzeugt,

3) daß mithin das Vorzugsrecht nur demjenigen Schuldner gegenüber Platz greift, welcher das Unterpfand bestellt hat, weil

4) nur diesem gegenüber der Gläubiger als Unterpfandsgläubiger prädizirt werden kann.

Hieraus werden sich die Konsequenzen für die einzelnen verschiedenen Fälle sehr einfach ergeben. Die Aufgabe ist nur, zunächst zu bestimmen, von wem im einzelnen Fall der Akt der Unterpfandsbestellung vorgenommen wurde, um zu wissen, welchem Schuldner gegenüber das Vorzugsrecht Platz greift. Hieran ist sodann die Untersuchung über den Einfluß der späteren möglichen Aenderungen in den Pfandrechtsverhältnissen auf das Vorzugsrecht anzuschließen.

I. Abgesehen zunächst von diesen Aenderungen sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Der wirkliche Eigenthümer und Besitzer der verpfändeten Liegenschaft, welcher als solcher aus den öffentlichen Büchern hervorgeht, hat zur Sicherstellung für seine Verbindlichkeit den Akt der Pfandbestellung vorgenommen. Dieß ist der im Eingang erwähnte einfachste Fall, an welchen der Gesetzgeber zunächst gedacht hat und in welchem ein Vorzugsrecht IV. Klasse gegenüber dem Pfandbesteller, mag dieser Hauptschuldner, oder Bürge seyn, mag seine Verbindlichkeit auf einem Darlehen oder einem andern Rechtsgrund beruhen, ebenso unzweifelhaft erworben wird, als

2) in dem Fall, wenn derselbe ein Nichteigenthümer ist, welchem aber die Präsumtionen der Art. 57—60 des Pfandgesetzes zur Seite stehen. Denn da das Gesetz durch eine praesumtio juris et de jure den Nichteigenthümer als Eigenthümer fingirt, so muß diese Pfandbestellung dieselbe

Wirkung haben, wie die Pfandbestellung des wirklichen Eigenthümers und ebenso muß es sich

3) in dem Fall verhalten, wenn der wirkliche Eigenthümer, der als solcher aus den öffentlichen Büchern nicht hervorgeht, das Pfand bestellt hat, unbeschadet natürlich der im Fall Nro 2 erworbenen Rechte eines dritten Gläubigers, welche übrigens nur in zweiter Klasse kollidiren können.

4) Soll aus dem Akt der Unterpfandsbestellung ein Recht erworben werden können, so muß dieser Akt rechtsgültig seyn. Dieß sollte eines Beweises nicht bedürfen. Denn es würde der einfachsten Rechtskonsequenz widersprechen, aus einem nichtigen Akt ein Recht entstehen zu lassen. Wäre allerdings die Oeffentlichkeit der Schuldverschreibung für sich allein der Grund des Vorzugsrechts, so müßte das Vorzugsrecht auch im Fall der Nichtigkeit des Verpfändungsaktes Platz greifen, sofern nur die Schuldverschreibung in Richtigkeit wäre. Allein nicht nur ist schon oben der Beweis geführt, daß es eben nur die durch den Verpfändungsakt qualifizirte Oeffentlichkeit ist, welche das Vorzugsrecht erzeugt, sondern es ist auch klar, daß die Annahme des Vorzugsrechts im Fall der Nichtigkeit der Unterpfandsbestellung sich mit denjenigen Gesetzesworten nicht vereinigen ließe, für welche der Beweis nicht erbracht ist, daß sie der inadäquate Ausdruck der Absicht des Gesetzgebers sind. Unterpfandsgläubiger des Schuldners, um dessen Masse es sich handelt, muß der Gläubiger geworden seyn, um auf ihn den Art. 14 anwenden zu können. Dieß wird er aber nicht, wenn der Akt, durch welchen ihm ein Unterpfand bestellt werden will, nichtig ist. Eine Nichtigkeit des Aktes der Pfandbestellung kann vorliegen:

a. wenn von einem Nichteigenthümer, welchem die Präsumtionen des Art. 57—60 nicht zur Seite stehen und ohne Einwilligung des Eigenthümers ein Unterpfand bestellt worden ist. Da in diesem Fall, selbst wenn der

Pfandbesteller später Eigenthümer wird, die Pfandbestellung wenigstens nach der richtigen Ansicht nichtig ist,[3] so kann sich an diesen nichtigen Akt auch kein persönliches Vorzugsrecht knüpfen lassen.

b. Ebenso verhält es sich, wenn die Pfandbestellung aus einem formellen Grund z. B. wegen Inkompetenz der Unterpfandsbehörde, wegen Handlungsunfähigkeit des Verpfänders u. s. f. nichtig ist.

In allen diesen Fällen wird kaum ein ernstliches Bedenken erhoben werden können. Es wird sich auch keine hievon abweichende Entscheidung eines höhern Gerichts finden lassen, obwohl einzelne Entscheidungsgründe, welche das Vorzugsrecht auf die Oeffentlichkeit ohne nähere Modifikation ganz allgemein stützen, allerdings zu andern Resultaten führen.

5) Wenn mehrere Correalschuldner oder ein Hauptschuldner und Bürgen vorhanden sind, so ist nach dem Ausgeführten kein Zweifel, daß durch die Bestellung eines Unterpfands durch Einen derselben ohne Mitwirkung der Anderen ein Vorzugsrecht IV. Klasse diesen gegenüber nicht begründet wird. Denn nicht die Oeffentlichkeit an und für sich, sondern die durch den Akt der Pfandbestellung qualifizirte Oeffentlichkeit allein erzeugt das Vorzugsrecht. Unzweifelhaft kann also dasselbe gegenüber dem Bürgen nicht in Anspruch genommen werden, welcher sich für eine von dem Hauptschuldner durch Unterpfandsbestellung versicherte Forderung verbürgt hat, mag die Verbindlichkeit des Bürgen aus dem Unterpfandsbuch oder Pfandschein ersichtlich seyn oder nicht. Dieß bestätigt der Wortlaut des Art. 14, da in diesem Fall der Gläubiger nicht Unterpfandsgläubiger des Bürgen, sondern nur des Hauptschuldners geworden ist.

6) Wenn ferner der Bürge zur Sicherheit des Gläubigers aus seinem Vermögen ein Unterpfand bestellt hat,

---

[3] Volley Commentar I. S. 27 u. f.

mag er einfacher Bürge oder Selbstschuldner seyn, so erwirbt hiedurch der Gläubiger zwar ein Vorzugsrecht IV. Klasse im Gante der persönlich verpflichteten Bürgen, nicht aber im Gante des Hauptschuldners.

7) Wenn sodann ein Dritter interzessionsweise, ohne sich persönlich für die Schuld des Andern verbindlich zu machen und ohne Mitwirkung des Hauptschuldners ein Unterpfand bestellt, so kann von einem Vorzugsrecht IV. Klasse im Gant des Verpfänders nicht gesprochen werden, weil dieser nicht persönlicher Schuldner ist, im Gant des Hauptschuldners nicht, weil dieser nicht verpfändet hat.

8) Zweifelhaft aber ist die Entscheidung in dem eigenthümlichen an diesen sich anschließenden Fall des Art. 6 Abs. 2 des Pfandgesetzes, wenn der Schuldner eine Liegenschaft, deren Eigenthümer er nicht ist und als deren Eigenthümer ein Dritter in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, mit Einwilligung dieses Dritten verpfändet. Der Unterschied von dem Fall, wenn der dritte Interzedent selbst ein Unterpfand bestellt, bedarf keiner Erörterung. Ebenso klar ist aber, daß dieser Fall des Art. 6 nichts Anderes ist, als wenn der vermöge der öffentlichen Bücher zur Pfandbestellung befugte Nichteigenthümer ein Pfand einräumt. In beiden Fällen nimmt der Nichteigenthümer, welcher zugleich Schuldner ist, die Pfandbestellung rechtsgiltig vor, obwohl er nicht Eigenthümer ist; in beiden Fällen betrachtet ihn das Gesetz so, wie wenn er Eigenthümer wäre. Die Folgen der Pfandbestellung müssen daher auch in beiden Fällen dieselben seyn. Wie im Fall Nr. 2, so muß mithin auch hier das Vorzugsrecht dem Pfandbesteller gegenüber Platz greifen, da dieser und nur dieser es ist, welcher, wenn gleich mit Einwilligung eines Dritten, den Akt der Pfandbestellung dem Gläubiger gegenüber vorgenommen hat.

9) Daß, wenn ein legitimirter Stellvertreter Namens des Prinzipals ein Unterpfand bestellt, der Pfandgläubiger hiedurch dem letzteren gegenüber ein Vorzugsrecht IV. Klasse

erwirbt, kann einem Bedenken nicht unterliegen. Denn in diesem Fall gilt der Akt im rechtlichen Sinn als von dem Prinzipal selbst vorgenommen.

10) Wenn aber der Stellvertreter selbst zugleich dem Gläubiger für die durch das Unterpfand versicherte Schuld verpflichtet ist, so entsteht die Frage, ob der Gläubiger hiedurch nicht auch dem Stellvertreter gegenüber ein Vorzugsrecht IV. Klasse erwirbt. Die Schwierigkeit liegt hier darin, diesen Fall von dem unter Nr. 8 erörterten Fall zu unterscheiden, da in der Form der Unterpfandsbestellung sich in der Regel in beiden Fällen ein unterscheidendes Merkmal nicht finden lassen wird. Es ist daher zunächst eine Thatfrage, ob in diesem komplizirten Fall die Voraussetzungen des Falls Nr. 8 oder 9 vorliegen, wornach sich die Entscheidung über das Vorzugsrecht von selbst ergibt und nur soviel läßt sich mit Sicherheit behaupten, daß im Zweifel da, wo ein correus Namen des Andern auf einem Objekt, worüber dem letzteren allein die Dispositionsbefugniß zusteht, ein Pfand bestellt, jener nur als Stellvertreter handelt, daß aber, wo erwiesenermaßen die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 des Pfandgesetzes (Nr. 8) vorliegen, der Verpfänder nicht als Stellvertreter, sondern im eigenen Namen handelt, daß endlich in beiden Fällen niemals gegenüber beiden correi, sondern im letztern Fall nur gegenüber Demjenigen, der die Pfandbestellung vornimmt, im ersten Fall nur gegenüber dem Prinzipal ein Vorzugsrecht erworben wird, weil der Verpfänder nur entweder für sich oder Namens des Andern die Verpfändung vollzieht.

11) Wenn endlich Einer von mehreren correi für die Schuld theils eigenthümliche Liegenschaften, theils Liegenschaften des Andern verpfändet, wozu er der Vollmacht des letztern bedarf, so wird selbstverständlich ein Vorzugsrecht beiden Schuldnern gegenüber erworben.

12) Es bedarf nur einer richtigen Anwendung dieser Grundsätze, um für die ehelichen Güter- und andere Ge-

sellschaftsverhältnisse, sowie für die Fälle der Verpfändung von Gütern der Kinder durch die Eltern die Frage bezüglich des Vorzugsrechts zu entscheiden. Dieselben in eingehender Casuistik hier zu erörtern, würde zu weit führen und es wird genügen, auf eine gemeinsame Eigenthümlichkeit derselben hinzuweisen, welche einen wesentlichen Einfluß auf die vorliegende Frage äußert. Nicht allein aus dem Nutznießungsrecht der Eltern an dem Vermögen der Kinder, sondern auch aus der Bestimmung des Vermögens einzelner Gesellschafter für Zwecke der Gesellschaft, wenn auch nur bezüglich der Früchte und Benützung, sowie aus dem Verwaltungsrecht des Ehemanns ergibt sich in allen diesen Fällen ein vermögensrechtliches und vom Gesetz geschütztes Interesse des Nichteigenthümers an dem Vermögen des Anderen und eine Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Eigenthümers, welche ihn einerseits verhindert, dieses Vermögen ohne Zustimmung eines Nichteigenthümers zu verpfänden und ihn andererseits bestimmen kann, wegen des gemeinsamen Interesses zur Sicherheit für eine gemeinschaftliche Schuld, also auch für den den Nichteigenthümer treffenden Antheil an derselben, sein Eigenthum behufs der Verpfändung einzuwerfen. In diesen Fällen erscheint daher in der Regel auch der Nichteigenthümer, welcher in dieser besonderen Beziehung zu dem Pfandobjekt steht, als rechtlich und im eigenen Interesse, nicht bloß zufällig und in Folge eines Auftrags bei dem Akt der Pfandbestellung mitthätig, während andererseits der Eigenthümer als ein solcher erscheint, welcher seine Einwilligung zur Verpfändung seines Eigenthums für eine fremde Schuld, für den Schuldantheil des Gesellschafters, des Ehegatten, des nutznießungsberechtigten Ascendenten nach Art. 6 Abs. 2 des Pfandgesetzes gegeben hat und zugleich, sey es selbst, sey es durch den beauftragten Nichteigenthümer für seinen Schuldantheil dasselbe Pfand bestellt. Wenn z. B. zwei Ehegatten, welche in der Errungenschaftsgesellschaft leben, für eine Sozial- oder Privativschuld ein Errungenschafts-

objekt oder ein Beibringensstück des einen oder andern Ehegatten verpfänden, so handeln sie nicht nur in der Regel gemeinschaftlich, sondern der Verpfändungsakt wurzelt auch in der rechtlichen Persönlichkeit beider, da, so lange die Societät besteht, die Objekte ohne Unterschied, wer der Eigenthümer ist, den Zwecken der Societät dienen. Nicht selten wird zudem in diesem Fall, da die Früchte des Guts von der Societät in's Eigenthum erworben und mit der Hauptsache verpfändet werden, wirklich Eigenthum beider Ehegatten verpfändet, wenn auch die Hauptsache zum Beibringen des Einen oder Andern gehört. Bei andern Societäten kann dieses Verhältniß gleichfalls zutreffen. Doch ist dieß stets nach den thatsächlichen Verhältnissen des einzelnen Falls zu prüfen. Da nun, wo diese eigenthümlichen Verhältnisse vorliegen, ergibt sich aus der Grundlage des in Frage stehenden Vorzugsrechts ganz von selbst, daß es, als eine Folge des Akts der Pfandbestellung, gegenüber von beiden oder mehreren Betheiligten, welche für die Schuld mitverbindlich sind, Platz greift, indem hier stets eine Konkurrenz der Fälle 8, 9 und 10 vorliegt. — Bei der unten folgenden Mittheilung von Präjudizien finden sich einzelne Anwendungen dieses Grundsatzes.

II. Die zweite Frage ist, welchen Einfluß auf das Vorzugsrecht die später eintretenden Aenderungen in dem einmal begründeten Pfandrechtsverhältniß haben. Wenn es richtig ist, daß die Pfandbestellung gerade ebenso wie die Beurkundung des Schuldscheins, das Vorzugsrecht *erzeugt*, so ist die Beantwortung dieser Frage einfach. Die Wirkung der Pfandbestellung ist hiernach eine doppelte, 1) Konstituirung des dinglichen Pfandrechts. 2) Konstituirung des persönlichen Vorzugsrechts. Das letztere kann, wie oben gezeigt ist, ohne das erstere nicht entstehen, weil es den rechtsgiltigen Akt der Pfandbestellung voraussetzt, und dieser stets ein Pfandrecht konstituirt. Wenn es aber einmal begründet ist, so hindert Nichts, das Vorzugsrecht fortbestehen zu lassen, auch wenn das *Pfand-*

recht erloschen ist. Die Eine Wirkung der Pfandbestellung, das Vorzugsrecht, kann fortdauern, auch wenn die andere Wirkung, das Pfandrecht, aufgehört hat, und man muß, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas Anderes vorschreibt, zugeben, daß, wenn das Gesetz besondere Erlöschungsgründe für das Pfandrecht aufstellt, diese nicht ebenso das Vorzugsrecht vernichten. Das Erlöschen des Pfandrechts ist die Befreiung einer bestimmten Sache aus dem Pfandverband, welche sowohl durch den gänzlichen Untergang der Sache als durch den Fall des Artikel 129 des Pfandgesetzes möglich ist. Aber daraus, daß die Sache a aus dem Pfandverband ausgeschieden ist, folgt nicht, daß alle aus dem Verpfändungsakt erworbenen Rechte erloschen sind. So wenig durch die obrigkeitliche Veräußerung des Pfandobjektes a nach Artikel 129 das Erlöschen des Pfandrechts an dem Objekt b folgt, so wenig kann man aus der obrigkeitlichen Veräußerung des Objektes a und b oder aus dem Untergang derselben auf ein Erlöschen des Vorzugsrechtes schließen. Sonst müßte eine werthlose Scholle Erde, welche von dem Pfandobjekt noch übrig wäre, das Vorzugsrecht erhalten können, welches ohne sie erloschen wäre, was offenbar der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Von den obigen Prämissen ausgegangen, kann der einfachen Rechtskonsequenz nach das einmal begründete Vorzugsrecht eben nur dann als erloschen betrachtet werden, wenn der in der Pfandbestellung liegende Vertrag, welcher das Vorzugsrecht erzeugt, rechtlich aufgehoben, d. h. also, wenn die Forderung getilgt, oder auf das Vorzugsrecht verzichtet ist. Ein ausdrücklicher und stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht, insbesondere die Löschungsbewilligung vernichtet mithin auch das Vorzugsrecht, weil hierin auch ein Verzicht auf das letztere liegt, wogegen der Untergang des Pfandobjekts ebenso wenig, als die Veräußerung der Pfandobjekte, so lange sie nicht die Löschung des Pfandrechts mit Zustimmung des Pfandgläubigers wirklich zur Folge gehabt hat, der Geltendmachung des

Vorzugsrechts im Wege steht, obgleich nach Artikel 123 des Pfandgesetzes in diesen Fällen das Unterpfand erlischt, oder erlöschen kann. In der Regel wird also die Löschung des Pfandeintrages das Vorzugsrecht vernichten. Denn wenn auch die Löschung nach dem Gesetze nur als die Folge der Erlöschung des Pfandrechts erscheint, so ist nicht außer Acht zu lassen, daß dieselbe nicht erfolgen soll, ohne daß der Gläubiger den Pfandschein zurückgibt. In den meisten Fällen also, wo die Löschung in gesetzlicher Weise erfolgt ist, wird dieß mit der Einwilligung des Pfandgläubigers geschehen seyn, wäre diese auch nur stillschweigend durch Zurückgabe des Pfandscheins erklärt worden. In denjenigen Fällen dagegen, in welchen die Löschung ungesetzlich ist, oder ohne Einwilligung des Pfandgläubigers vorkommt (in den Fällen des Art. 215 und der Art. 129 und 218 des Pfandgesetzes) kann auch die Löschung das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers, sofern dasselbe abgesehen hievon noch eine Bedeutung hat, nicht aufheben.

Gegen diese Ansicht beruft man sich nun zwar auf den Wortlaut des Artikels. Da dieser Artikel nur dem „Unterpfandsgläubiger" das Vorzugsrecht zuerkenne, so müsse dem Gläubiger zur Zeit, in welcher er das Vorzugsrecht geltend mache, also bei der Liquidation die Eigenschaft eines Unterpfandsgläubigers zukommen. Ein solcher sey aber nur derjenige, welcher in der Konkursmasse, um deren Vertheilung es sich handle, ein Pfandrecht zu suchen habe. Nicht nur in dem Fall, wenn das Pfandrecht erloschen sey, sondern selbst dann, wenn aus irgend einem das Pfandrecht selbst nicht berührenden Grund, durch Veräußerung der Unterpfänder oder durch Anrufen der weiblichen Freiheiten, die Pfandobjekte nicht mehr in der Masse vorhanden seyen, soll hiernach das Vorzugsrecht nicht Platz greifen. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Ansicht, welche viele Vertheidiger hat, in dem Worte „Unterpfandsgläubiger", wenn man dasselbe ohne Rücksicht auf die Geschichte der Entstehung dieser Bestim-

mung auffaßt, eine gute Stütze findet. Man muß zugeben, wie dieß auch oben geschehen ist, daß man unter Unterpfandsgläubiger eines Schuldners eben nur denjenigen versteht, welcher diesem gegenüber ein Pfandrecht zu suchen hat. Allein die Frage, auf welche Alles ankommt, ist die, ob der Gesetzgeber die Absicht gehabt hat, zu verlangen, daß zur Zeit der Geltendmachung der Forderung und der Vorzugsrechte der Gläubiger Pfandgläubiger sey, m. a. W. ob darüber, wer als Unterpfandsgläubiger behufs der Bestimmung seiner Rechte im Gant zu präcidiren sey, die Zeit der Geltendmachung dieser Rechte oder die Zeit ihrer Erwerbung entscheidet. Diejenigen, welche die hier angegriffene Ansicht haben, gehen davon aus, daß die Zeit der Geltendmachung des Rechts entscheide, und nur unter dieser Voraussetzung können sie sich auf das Wort „Unterpfandsgläubiger" berufen. Nach ihrer Ansicht wäre nicht der Akt der Pfandbestellung die Thatsache, welche das Vorzugsrecht erzeugt, sondern das Pfandrecht wäre die Bedingung der Geltendmachung des Vorzugsrechtes. Allein gerade diese Voraussetzung, daß die Zeit der Geltendmachung des Vorzugsrechts die entscheidende sey, scheint dem Verfasser eine petitio principii zu seyn. Wenn der Art. 11 des Prioritätsgesetzes den „Minderjährigen" für ihre aus der Verwaltung des Vormunds erwachsenen Ansprüche ein Vorzugsrecht III. Klasse zuerkennt, so dachte der Gesetzgeber nicht daran, daß sie zur Zeit der Geltendmachung ihrer Ansprüche noch minderjährig seyn müssen. Auch derjenige, welcher zur Zeit des Konkurses volljährig ist, hat dieses Vorzugsrecht in Folge der Thatsache, daß sein Anspruch während der Minderjährigkeit entstanden ist. Mit demselben Recht aber, mit welchem man demjenigen, welcher als Pfandgläubiger ein Vorzugsrecht erworben hat, dasselbe abstreiten könnte, wenn er zur Zeit der Geltendmachung desselben nicht mehr Unterpfandsgläubiger ist, müßte man demjenigen, welcher bis zum Gant volljährig

geworden ist, das Vorzugsrecht III. Klasse bestreiten, weil er unter den Wortlaut des Art. 11, der nur von „Minderjährigen" spricht, nicht fällt. Der Sprachgebrauch im Art. 11 beweist, daß der Gesetzgeber nur diejenige Eigenschaft des Gläubigers bezeichnen wollte, welche zur Zeit der Erwerbung des Vorzugsrechtes vorhanden seyn muß, und daß er ein Vorzugsrecht, wenn es einmal erworben ist, selbstverständlich als fortdauernd betrachtet wissen wollte, auch wenn jene Eigenschaft des Gläubigers zur Zeit der Geltendmachung des Vorzugsrechts nicht mehr zutrifft. Gewiß kann man hiernach aus dem Worte „Unterpfandsgläubiger" den obigen Schluß nicht ziehen. Hiegegen kann eine Berufung auf Art. 5, 6, 9 des Prior.-G. kaum Platz greifen. Daraus, daß in diesen Artikeln vorausgesetzt wird, daß der Pfandgläubiger ein Pfandobjekt in der Masse vorfindet, folgt nicht, daß der Artikel 14 eben nur von demjenigen, welcher noch bei Ausbruch des Gants Pfandgläubiger war, und nicht von demjenigen Gläubiger spricht, welchem dieses Prädikat früher zukam, wie das Prädikat der Minderjährigkeit einem inzwischen zur Volljährigkeit Gelangten. Daß das Prioritätsgesetz Rechte einräumt, welche in Folge seiner Bestimmungen vor dem Ausbruch des Gants erworben werden, wenn der Gant gleich die Bedingung ihrer Realisirung ist, beweist die Vorschrift, daß die betreffenden Gläubiger ihre Befriedigung nach dem Vorzuge der Zeit erhalten. Gerade wie durch die Beurkundung des Schuldscheins, so wird mithin auch durch die Unterpfandsbestellung sogleich das besondere Recht erzeugt, im Fall des Gants vor andern Gläubigern befriedigt zu werden. Hieraus folgt, daß es nur auf einer petitio principii beruht, wenn man behauptet, der Gesetzgeber habe bei der Wahl seiner Ausdrücke in Art. 14 nur an die Zeit des Gants gedacht, wobei überdieß noch sehr im Ungewissen wäre, ob er sich als den entscheidenden Zeitpunkt hiebei das Ganterkenntniß, oder die Liquidation oder das Prioritäts- oder Verweisungserkenntniß vorgestellt

habe. Ganz bestimmt und einfach scheint dem Verfasser aber die Sache, wenn man davon ausgeht, der Gesetzgeber habe bei dem Ausdruck „Unterpfandsgläubiger" eben nur an den — stets vor dem Gant gelegenen Zeitpunkt der Erwerbung des Vorzugsrechts durch die Pfandbestellung gedacht und also nichts Anderes gesagt, als derjenige, welcher von seinem Schuldner ein Pfandrecht erworben hat, welchem von seinem Schuldner ein Pfandrecht bestellt worden ist, d. h. der Unterpfandsgläubiger erwirbt hiemit das Vorzugsrecht IV. Klasse. Wenn aber das einmal erworbene Recht durch besondere Gründe, wie die Veräußerung der Pfandobjekte nach der Absicht des Gesetzes dem Gläubiger wieder entzogen werden sollte, so hätte dieß der Gesetzgeber ausdrücklich erklären müssen. Aus dem Wort „Unterpfandsgläubiger" folgt dieß nach dem Obigen nicht. In Wirklichkeit sind es daher auch immer wieder die Worte des Gesetzes „in Ansehung desjenigen Theils ihrer bevorrechteten Forderungen, welcher aus dem Erlöse der Unterpfänder nicht berichtigt worden ist", auf welche man für die einschränkende Auslegung sich beruft. Allein mit diesen Worten ist nicht einmal gesagt, daß ein Pfandobjekt und ein Erlös hieraus in der Masse vorhanden seyn müsse, um deren Vertheilung es sich handelt. Gesetzt, daß die Pfänder von dem Schuldner und Verpfänder verkauft und im Besitz eines Dritten sind, gegen welchen der Gläubiger während des Gants sein Pfandrecht mit Erfolg geltend gemacht hat, so wird man finden, daß jedes Wort des Art. 14 auf den Fall paßt. Nur das Eine, daß die Pfänder verkauft seyn müssen, ehe der Gläubiger in IV. Klasse auftreten kann, könnte man aus jenen Worten mit Recht ableiten. Allein abgesehen davon, daß der Gesetzgeber an anderer Stelle dem Pfandgläubiger ausdrücklich die Wahl gelassen hat, ob er seine dinglichen oder persönlichen Ansprüche verfolgen wolle (Art. 90 des Pfandgesetzes), ist schon oben gezeigt, daß auf diese Worte überhaupt, weil sie erwiesenermaßen der inadäquate Ausdruck der wirklichen Ab=

sicht des Gesetzgebers sind, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden kann. Was namentlich die Worte „bevorrechtete Forderungen" betrifft, in welchen man eine Hinweisung auf das Recht der Befriedigung in zweiter Klasse erblicken wollte, so ist daran zu erinnern, daß dieser aus dem Entwurf herübergenommene Ausdruck früher eine ganz angemessene Bedeutung hatte und ganz entschieden eine von von dem Vorhandenseyn der Pfandobjekte unabhängige Bevorrechtung der Forderung bezeichnete. Auch nach der jetzigen Stellung aber muß dieser Ausdruck vielmehr auf das der Forderung zustehende Vorzugsrecht der vierten Klasse bezogen werden, als auf das Recht der Befriedigung aus dem Erlös der Unterpfänder, da das letztere ein dingliches Recht, kein Vorrecht der Forderung ist. Insofern dient also gerade dieser Ausdruck zur Bestätigung der hier vertheidigten Auslegung, wornach das von „dem Unterpfandsgläubiger" erworbene Vorzugsrecht der Forderung als ein durch die Unterpfandsbestellung erzeugtes selbstständiges Recht fortdauert, auch wenn der Gläubiger zur Zeit des Gants nicht mehr Unterpfandsgläubiger des Kridars ist. Auch die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht erkennen an, daß es besser gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber eine andere Bestimmung getroffen hätte. Man wird aber noch weiter gehen und zugeben können, daß es kaum möglich ist, ohne die zwingendsten Gründe anzunehmen, der Gesetzgeber habe das Vorzugsrecht der Pfandgläubiger an die Bedingung knüpfen wollen, daß ein Pfandobjekt oder ein Erlös hieraus, wenn auch nur der kleinste Theil hievon, in der Masse des Kridars sich befinde. Es ist oben gezeigt, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers das Faktum, welches das Vorzugsrecht erzeugt, der Akt der Pfandbestellung ist; der Gesetzgeber wird also bei der Wahl des Ausdrucks „Unterpfandsgläubiger" zunächst an den Zeitpunkt der Erwerbung des Rechts als maßgebenden, nicht an einen spätern Zeitpunkt gedacht haben. Umgekehrt findet man in der Geschichte der Entstehung des Artikels nicht den ge-

ringsten Anhaltspunkt für die Ansicht, daß das Pfandrecht oder vielmehr die Pfandklage die Bedingung der Geltendmachung des Vorzugsrechts im Gant sey, wofür man sich auch nach einem inneren Grund vergeblich umsehen wird. — Nur durch die hier vertheidigte Auslegung des Art. 14 wird ferner der Zweck des Gesetzes, dem Pfandgläubiger eine über die unmittelbare Wirkung des Pfandrechts hinausgehende Sicherheit zu gewähren, erreicht. Bei der entgegenstehenden Ansicht aber würde das Vorzugsrecht in den Fällen auf dem Papier Platz greifen, in welchen es häufig werthlos ist, wenn nämlich der Erlös aus den in der Masse vorhandenen Unterpfändern zur Befriedigung zureicht, und in denjenigen Fällen unwirksam, in welchen es vornämlich seinen praktischen Werth hätte, wenn die Pfandobjekte zu Grunde gegangen oder ohne Zustimmung des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners gekommen sind. Wenn ferner die Veräußerung der Unterpfänder ohne Zustimmung des Gläubigers das Vorzugsrecht vernichten würde, so könnte der Gläubiger ohne es zu wissen, heute aufhören, bevorzugter Gläubiger zu seyn und in der Folge ohne sein Wissen, wenn der Schuldner die Pfandobjekte zurückkauft, das Vorzugsrecht wieder erwerben. Dieß widerspricht nicht nur dem allgemeinen Rechtsprinzip, daß ein Recht durch den Verpflichteten nicht einseitig aufgehoben werden kann; es würde hierin nicht nur eine Prinziplosigkeit ohne Gleichen liegen, sondern diese Annahme steht auch mit einer ausdrücklichen Bestimmung des Pfandgesetzes im Widerspruch. Nach Art. 93 des Pfandgesetzes ist der Eigenthümer befugt, über die verpfändete Sache nur soweit zu verfügen, als es „ohne Verletzung der Sicherheit des Pfandgläubigers geschehen kann.“ Entweder müßte man also, wenn durch die Veräußerung des Unterpfands das Vorzugsrecht IV. Klasse vernichtet würde, dem Schuldner die Veräußerungsbefugniß absprechen oder kann man derselben nicht die Wirkung einer Vernichtung des Vorzugsrechts, welche eine Verletzung der Sicherheit

des Gläubigers wäre, beilegen. Da die Veräußerungsbefugniß des Schuldners außer Zweifel ist, so wird man mithin, ohne einen Widerspruch in der Gesetzgebung zu statuiren, das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers nicht an die Bedingung knüpfen können, daß ein Pfandobjekt in der Masse vorhanden sey, um deren Vertheilung es sich handelt. Wenn nun im Zweifel bei jeder Auslegung anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe das Vernünftige gewollt, so wird man die obige Auslegung des Art. 14 vorziehen müssen, von welcher mindestens so viel dargethan seyn wird, daß sie mit den Motiven des Gesetzes nicht schlechterdings unvereinbar ist, wenn man auch zugeben muß, daß sich das Gesetz ungeschickt ausdrückt und daß die entgegenstehende Ansicht in der unglücklichen Fassung des Gesetzes Anhaltspunkte findet. Daß aber der hier vertheidigten Auslegung eine Berufung auf den Art. 29 entgegengehalten werde, darf wohl deßhalb nicht befürchtet werden, weil die ganze obige Ausführung nicht auf eine Ausdehnung der Vorzugsrechte über die Worte des Gesetzes, sondern dahin gerichtet ist, die wirkliche Absicht des Gesetzgebers zu ermitteln und eine dieselbe wiedergebende Auslegung der gebrauchten Worte zu finden.

Sehr einfach beantwortet sich schließlich nach dem Ausgeführten die Frage, welchen Einfluß die Zulassung der Ehefrau zu den weiblichen Freiheiten auf das ihr und dem Ehemann gegenüber erworbene Vorzugsrecht IV. Klasse hat. Abgesehen von dem Einfluß derselben auf die Mitverbindlichkeit der Ehefrau, welcher an diesem Ort nicht zu erörtern ist, kann die Folge hievon seyn, daß ein gemeinschaftlich verpfändetes Objekt sowohl der Masse des Ehemanns, im Fall es zum Beibringen der Ehefrau gehört, als auch der Masse der Frau, wenn es Errungenschaftsobjekt ist, entzogen und zur andern Masse geschlagen wird. So wenig eine andere Veräußerung, so wenig kann die Zulassung zu den weiblichen Freiheiten einen

Einfluß auf den Fortbestand des einmal erworbenen Vorzugsrechts, sowohl dem Mann, als der Frau gegenüber äußern. Nur in dem Falle natürlich, wenn in Folge der Veräußerung der Unterpfänder im Gante des Mannes der Gläubiger in die Löschung des Pfandeintrages eingewilligt hätte, worin ein Verzicht auf alle hieraus erworbenen Rechte, also auch auf das Vorzugsrecht zu erblicken ist, könnte selbstverständlich ein Vorzugsrecht IV. Klasse im Gante der Ehefrau nicht beansprucht werden.

Die vorstehenden Ausführungen stehen schließlich mit der Praxis sowohl der Gerichtshöfe als des Obertribunals im Einklang, wenn gleich es an vielfachem Widerspruch und an einzelnen Abweichungen hievon in der Begründung nicht fehlt. Die folgende Mittheilung der zu meiner Kenntniß gelangten Präjudizien, welche ich zum größern Theil der gütigen Vermittelung des Herrn Mitherausgebers verdanke, wird dieß bestätigen. Sowohl die Rücksicht auf die Vollständigkeit, als einige andere Rücksichten werden es rechtfertigen, wenn unter die folgende Zusammenstellung auch solche Entscheidungen aufgenommen werden, welche schon anderwärts, von Tafel[4] und Neuffer[5] veröffentlicht sind.

1) Erkenntniß vom 1. Febr. 1853 in Sachen der Leihbank G. Sp. und Comp. Lantin, Antin, Atin, gegen die Wittwe des Chr. Fr. Gr. und die Pflegschaft ihrer Kinder, Mitlanten, Aten, Anten.[6]

Die Leihbank G. Spr. und Comp. hatte im Gante des Chr. Fr. G. einen Darlehensrest von 2279 fl. 36 kr., wofür Errungenschaftsobjekte verpfändet waren und wofür sich die Ehefrau in rechtsgiltiger Weise verbindlich gemacht hatte, liquidirt. Der Erlös aus den Pfandobjekten, welcher zur Befriedigung des Pfandgläubigers zugereicht hätte, wurde an den Güterpfleger bezahlt. Dieser ergriff jedoch mit dem ganzen Erlös die Flucht und die

[4] Auserlesene Civilrechtssprüche II. S. 267, 268. III. S. 47 u. f.
[5] Zeitschrift für Rechtspflege in Württemberg I. S. 93.
[6] Abgedr. bei Tafel a. a. O. III. S. 54 u. f.

Folge hievon war, daß der Pfandgläubiger, welcher in dem Gante des Mannes durchfiel, die ganze Forderung gegen die Ehefrau verfolgte, die unter Anrufung der weiblichen Freiheiten ihr Beibringen gerettet hatte. Der Gläubiger nahm in dem hiedurch veranlaßten Gante der Frau Lokation in IV. Classe in Anspruch. Die Wittwe Gr. dagegen bestritt die Forderung überhaupt, weil der Pfandgläubiger durch die Zahlung des Erlöses an den Güterpfleger befriedigt worden sey; in zweiter Linie wurde im Interesse der Pflegschaft ihrer Kinder das Vorzugsrecht IV. Klasse bestritten. Das Stadtgericht St. verwarf die Einrede der Zahlung, ebenso aber das angesprochene Vorzugsrecht IV. Klasse, gestützt auf die oben erörterte wörtliche Auslegung des Art. 14 in Gemäßheit einer bis dahin konstant von demselben befolgten Praxis. Der Gerichtshof in Eßlingen bestätigte auf beiderseits ergriffene Berufung durch Erkenntniß vom 13. Mai 1852 den ersten Theil der stadtgerichtlichen Entscheidung, erkannte dagegen der Forderung das Vorzugsrecht IV. Classe zu, indem in den Gründen, der dortigen Praxis gemäß, das Vorzugsrecht des Art. 14 auf die in der Verpfändung liegende Oeffentlichkeit gestützt wurde.

Auf die ergriffene Oberberufung endlich bestätigte das Obertribunal das Erkenntniß des Gerichtshofes und zwar die Entscheidung bezüglich des Vorzugsrechts in folgender Begründung: „Die Behauptung der Anten, daß das den Aten als Pfandgläubigern zustehende Vorzugsrecht deßwegen wegfallen müsse, weil das Pfandobjekt nicht mehr in der Masse der Gemeinschuldnerin vorhanden sey, die Aten mithin nicht als Unterpfandsgläubiger angesehen werden können, kann nicht als richtig erkannt werden, wie schon von dem Richter voriger Instanz nachgewiesen worden, insbesondere aber auch daraus sich ergibt, daß die Rechtswohlthat des Verzichts auf die Errungenschaft den Frauen nur zu dem Ende eingeräumt ist, um die nachtheiligen Folgen der Verwaltung des Mannes diesem

gegenüber von sich abzuwenden, erworbene Rechte Dritter aber dadurch nicht beeinträchtigt werden können, mithin auch ein Vorzugsrecht, das einem Gläubiger mit Einwilligung der Ehefrau sowohl in Absicht auf das Vermögen des Mannes als der Frau giltig konstituirt worden ist, demselben wider seinen Willen von der Frau durch den Verzicht auf die Errungenschaft ebensowenig wieder entzogen werden kann, als sie durch diesen Verzicht von der Verbindlichkeit, für die von ihr mit dem Ehemanne gemeinschaftlich übernommene Schuld wenigstens aushilfsweise einzustehen (Art. 68 des Gesetzes vom 21. Mai 1828) befreit wird."

In gleicher Weise hat der Gerichtshof in Eßlingen durch Erkenntniß vom 5. Januar 1850 in Sachen von St. Lanten, Anten, gegen die Pflegschaft der Fabr. E'schen Kinder, Mitlanten, Aten, im Gante der R.'schen Ehefrau das Vorzugsrecht des Anten auf Grund einer von beiden Eheleuten vorgenommenen Verpfändung von Errungenschaftsobjekten anerkannt, obwohl dieselben nach Anrufung der weiblichen Freiheiten zur Masse des Mannes gezogen und dort verkauft worden waren.

2) Erkenntniß vom 18. Oktober 1854 in S. Gemeinde R., Lantin, Antin, Wantin, gegen Gemeinde B., Mitlantin, Atin, Watin. [7]

Für eine Schuld der F'schen Eheleute hatte die Mutter des Mannes der Gemeinde R. ein Unterpfand bestellt. Zwar war der Pfandschein nach den gewöhnlichen Formularien nur von den Eheleuten unterzeichnet und die Verpfänderin hatte nur in dem angefügten Auszug aus dem Unterpfandsbuch in der letzten Rubrik „Beistimmung Dritter" ihr Handzeichen beigesetzt. Der Pfandschein selbst bezeichnet aber ohne weitere Bemerkung, daß etwa die Eigenthümerin zur Verpfändung ihres Eigenthums durch den Schuldner ihre Einwilligung gegeben hätte, sie selbst mit den Worten „zur Sicherstellung der Gläubigerin bestellt die Mutter des Schuldners die ꝛc. verzeichneten

[7] Abgedr. bei Tafel a. a. O. S. 47.

Unterpfänder," als Verpfänderin. Es lag also nicht der Fall des Art. 6 des Pfandgesetzes (oben Nr. 8), sondern der Fall Nr. 6 vor und das K. Obertribunal hat daher übereinstimmend mit dem Erkenntniß des Gerichtshofs in Ulm vom 24. September 1853 die Antin R. zu Gunsten der Atin B. mit dem angesprochenen Vorzugsrecht in dem Gante der F'schen Eheleute abgewiesen. [8]

3) Erkenntniß des Obertribunals vom 19. Mai 1856 in S. Kr. u. L., Lantin, Antin, Oberantin, g. H.-Pfl. in St., Mitlantin, Atin, Oberatin. [9]

Die Schönfärber M'schen Eheleute hatten für eine Socialschuld im Betrag von 3500 fl. der Hospitalpflege St. verschiedene zu dem Beibringen der Ehefrau gehörige Realitäten verpfändet. Im Gante des Ehemannes rief die Ehefrau die weiblichen Freiheiten an und nahm die sämmtlichen Pfandobjekte mit Absonderungsrecht aus der Masse des Mannes weg. Die Hospitalpflege St. wurde gleichwohl in allen Instanzen im Gant des Mannes in IV. Klasse locirt und zwar ehe mit den in der Masse der Ehefrau befindlichen Pfandobjekten ein Verkaufsversuch vorgenommen worden ist. In den Gründen zu dem Erkenntniß des Obertribunals wird nach einer allgemeinen im Wesentlichen mit den vorstehenden Ausführungen übereinstimmenden Erörterung des Art. 14 gesagt:

„Im vorliegenden Fall nun handelt es sich nicht nur von einer Socialschuld, sondern es wurde auch die Verpfändung laut des vorliegenden Schuld- und Pfandscheins von beiden Eheleuten gemeinschaftlich vorgenommen, und die Pfandobjekte wurden ohne Unterschied zwischen dem Schuldantheil des Mannes und der Frau für die ganze Schuld in gleicher Weise als Hypothek bestellt. Es erscheint mithin nicht die Ehefrau allein als Verpfänderin, sondern ebenso auch der Ehemann, welcher die der Frau

[8] Vrgl. auch die Entscheidung des Gerichtshofes in Ulm v. 6. Juni 1856 bei Tafel a. a. O. III. S. 61.

[9] Abgedr. bei Tafel a. a. O. III. S. 56.

gehörigen Objekte mit deren Zustimmung auch für seinen Schuldantheil zum Unterpfand eingesetzt hat.

Dagegen könnte es sich noch fragen, ob nicht die Atin sich zunächst an die Ehefrau des Gemeinschuldners als dermalige Besitzerin der Pfandobjekte zu halten habe und ein persönliches Vorzugsrecht im Gante des Mannes nur insoweit in Anspruch nehmen könne, als sie aus den Pfandobjekten sich keine Befriedigung verschaffen kann. Indessen ist auch diese Frage zu verneinen. Denn nach Art. 90 und 116 des Pfandgesetzes steht es dem Gläubiger frei, sich entweder zunächst mit der persönlichen Klage an den Schuldner oder mit der Pfandklage an den Besitzer des Unterpfands zu halten, und will man auch in dem Art. 14 des Prioritätsgesetzes die Bestimmung finden, daß sich der Gläubiger im Gante des Schuldners zunächst an das Unterpfand halten müsse, so ist doch diese Bestimmung eben nur auf den Fall zu beziehen, wenn der Gläubiger im Gant des Schuldners vollständige oder theilweise Befriedigung aus dem Unterpfand erlangen kann, nicht aber auch auf den Fall, wenn das Unterpfand sich gar nicht in der Gantmasse, sondern in den Händen eines Dritten befindet.

Wie man aber auch die gedachte Frage im Allgemeinen beantworten mag, so kann jedenfalls davon nicht die Rede seyn, daß sich der Pfandgläubiger in einem Falle, wie der vorliegende, zunächst an die im Eigenthum und Besitze der Ehefrau des Gemeinschuldners befindlichen Unterpfänder halte, da der Art. 68 des Pfandentw.-Gesetzes vorschreibt, daß, wenn eine in der Errungenschaftsgesellschaft lebende Ehefrau auf ihren Antheil an der Errungenschaft verzichtet, der Socialgläubiger sich mit seiner ganzen Forderung zunächst an die Masse des Mannes zu halten habe."

4) Erkenntniß des Obertribunals vom 23. Dec. 1856 in Sachen M. und Gen., Lanten, Aten, Anten, gegen Müller H. Wittwe und Gen. Mitlanten, Anten, Aten. [10]

[10] Abgedr. bei Reuſſer a. a. O. I. S. 96.

Die Wittwe H., die Mutter der E'schen Ehefrau hatte dieser aus Veranlassung ihrer Verehelichung $^3/_7$ an einem Haus um den Anschlag von 3000 fl. überlassen. 449 fl. 51 kr. wurden hievon auf Rechnung an dem Vatergutsanspruch abgeschrieben, der Rest mit 2550 fl. 9 kr. verzinslich unter Mitverbindlichkeit des Ehemannes angeborgt. Während der Ehe nahmen die Eheleute gemeinschaftlich ein Anlehen von 1000 fl. auf, welches an der Kaufschillingsschuld unter Einräumung des ersten Pfandrechts auf dem Haus abbezahlt wurde. An demselben Tag wurde der Wittwe H. auf demselben Haus eine Nachhypothek für den Kaufschillingsrest von 1550 fl. 9 kr. von beiden Ehegatten gemeinschaftlich bestellt. Die Wittwe H. liquidirte im Gante des Mannes, in welchem dessen Ehefrau die weiblichen Freiheiten angerufen und wie man nach ihrer Liquidation vermuthen konnte, einen Separationsanspruch auf das Haus geltend gemacht hatte. In dem Lokationserkenntniß des Oberamtsgerichts wurde der Ehefrau vermöge Absonderungsrechts der Hauskaufschilling mit 2211 fl. 27 kr. zugewiesen und die Pfandgläubiger in V. Klasse locirt, in welcher sie durchfielen. Da von dem aus der Masse der Frau verwiesenen Hauskaufschilling die Nachpfandgläubigerin mit dem Betrag von 444 fl. 57 kr. unbefriedigt blieb, so ergriff dieselbe gegen jene Lokation in V. Klasse die Berufung und der Gerichtshof sowohl als auf ergriffene Oberberufung das Obertribunal erkannte auf Lokation in IV. Klasse. Hiebei wurde von dem Obertribunal die Frage, ob die Schuld eine Socialschuld und das Haus Errungenschaft sey, dahin gestellt gelassen und die Entscheidung auf die Erwägungen gestützt, „daß

1) nach dem Wortlaut des Gesetzes das fragliche Vorzugsrecht allen Unterpfandsgläubigern zusteht, Unterpfandsgläubiger aber Jeder ist, welcher von Demjenigen, der zu ihm in einem unmittelbaren Schuldverhältniß steht, zu dessen Sicherstellung ein Pfandrecht erlangt hat;

2) das fragliche Vorzugsrecht aber, weder nach den

Worten des Gesetzes, noch nach dem Zweck und Grund desselben, als dadurch bedingt angesehen werden kann, daß das Pfandobjekt in der Masse dessen, gegen welchen das Vorzugsrecht geltend gemacht ist, vorhanden sey;

3) in dem vorliegenden Fall der Gemeinschuldner unzweifelhaft als Schuldner der Wittwe H. anzusehen ist, indem er sich nicht nur bei der Pfandbestellung vom 10. August 1852 als Schuldner für die ganze Forderung mitverbindlich gemacht, sondern auch bei der Errichtung des Zubringensinventars vom 23./29. Juli 1852 bezüglich der allerdings zunächst die Frau angehenden Schuld für das Haus verschiedene Verbindlichkeiten übernommen hat, auch

4) das von der Antin erworbene Unterpfand, wenn solches gleich im Eigenthum der Frau befindlich war, als von dem Gemeinschuldner mitbestellt anzusehen ist, indem eine Unterpfandsbestellung auch mittelst fremden Eigenthums geschehen kann, wenn der Eigenthümer die zu verpfändende Sache dem Schuldner zur ausschließlichen oder, wie hier geschah, zur gemeinschaftlichen Verpfändung überläßt.

5) Dieß in dem vorliegenden Fall umsomehr anzunehmen ist, als die Pfandbestellung wegen des dem Gemeinschuldner zustehenden Verwaltungsrechts ohne dessen Mitwirkung gar nicht erfolgen konnte, seine Handlung also einen wesentlich integrirenden Theil der am 10. Aug. 1852 geschehenen Pfandbestellung bildete." —

5) Erk. des Obertribunals vom 8. Mai 1857. i. S. der Hosp.-Pfl. U. Lantin im Gante der Ehefrau des Jos. St. Antin. Wantin gegen die Gläubiger V. Cl. Mitlanten, Aten, Waten. [11]

Die J. St.'schen Eheleute hatten unter solidarischer Haftverbindlichkeit beider für das Ganze bei der Hospitalpflege in U. ein Anlehen aufgenommen und hiefür die

[11] Die Entscheidungsgründe des Gerichtshofs sind abgedruckt bei Tafel a. a. O. III. S. 61 u. f.

zum Beibringen des Ehemanns gehörigen Wirthschaftsgebäude verpfändet. Die Gläubigerin machte den aus dem Erlös der Unterpfänder und in IV. Kl. im Gante des Mannes unbefriedigt gebliebenen Rest ihrer Forderung gegen die Ehefrau, welche durch Anrufen der weiblichen Freiheiten ihr Beibringen gerettet hatte, und gegen welche gleichfalls der Gant erkannt worden war, mit dem Anspruch auf das Vorzugsrecht IV. Klasse geltend. Das Oberamtsgericht und der Gerichtshof in Ulm locirten diese Forderung in V. Klasse, wogegen das Obertribunal unter Abänderung dieses Erkenntnisses derselben das Vorzugsrecht IV. Klasse zuerkannte. In den Gründen des Obertribunals wird ausgeführt, daß im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des Art. 6, Abs. 2 des Pfandgesetzes, vergl. mit Art. 159 des Pfandgesetzes u. §. 102 der Instruktion, zutreffen (oben Nr. 8), da es sich nicht nur um eine Sozialschuld handle, sondern auch die Verpfändung laut des Schuld- und Pfandscheins von den beiden St.'schen Eheleuten gemeinschaftlich vorgenommen worden sey, so daß nicht der Ehemann allein als der Verpfänder erscheine, sondern auch die Ehefrau, indem sie die ihrem Ehemann gehörigen Objekte mit dessen Zustimmung auch für ihren Schuldantheil zum Unterpfand eingesetzt habe. Daß das zufällige Nichtvorhandenseyn der Pfandobjekte in der Masse der Ehefrau das einmal ihr gegenüber gleichfalls erworbene Vorzugsrecht nicht alteriren könne, wird schließlich übereinstimmend mit den früheren Gründen ausgeführt.

Ebenso hat der Gerichtshof in Eßlingen in einem Fall, in welchem die thatsächlichen Verhältnisse dieselben waren, in Sachen P. und Sohn, Lanten im Gante der Chr. Fr. Th. von H. Anten, gegen die Gläubiger V. Kl. Mitlanten, Aten, mit folgender Begründung erkannt:

„Schon vor dem Eintritt der neuen Pfandgesetzgebung haftete für eine von beiden Eheleuten zum gemeinschaftlichen Besten gemachte — für eine Sozialschuld — das von

dem Ehemann allein aus seinem Vermögen eingesetzte Unterpfand nicht blos für die Hälfte des Manns, sondern vielmehr für die ganze Schuld, also auch für die Hälfte der Frau, indem angenommen wurde, der Ehemann habe die eine Hälfte des betreffenden Gutes für seinen Antheil an der Schuld verpfändet, die andere Hälfte aber sey entweder von ihm im Namen der Frau oder von dieser mit Einwilligung des Manns für den Antheil der Frau zum Unterpfand eingesetzt worden, wie es denn auch der Gläubiger nicht anders verstehen konnte, als daß dieses in einem gemeinschaftlichen Schuldschein bestellte Unterpfand nicht blos für die Hälfte, sondern für die ganze Schuld haften soll.

v. Bolley, Lehre von den öffentlichen Unterpfändern nach röm. deutsch. u. württ. Recht. §. 63. Nro. 1. S. 129.

Diesen Grundsatz hielt aber auch die neue Pfandgesetzgebung forthin fest, indem das

Pfandgesetz in Art. 23

ausdrücklich bestimmte:

wird ein dem Ehemann zugehöriges Gut für eine gemeinschaftliche Schuld verpfändet, so erstreckt sich das Unterpfand auch ohne besondere Erklärung des Ehemanns auf die ganze Schuld.

Will so das Pfandgesetz hienach die Verpfändung eines dem Manne allein zugehörigen Gutes für eine gemeinschaftliche Schuld, auf die ganze Schuld, also nicht blos auf den Antheil des Mannes, sondern auch den der Frau bezogen wissen,

v. Bolley, Komm. Band I. S. 165,

ohne daß es weiter ein Gewicht darauf legt, ob jeder Ehegatte sich nebendem für die ganze Schuld verbindlich gemacht habe, und liegt dieser Beziehung nur die kaum berührte Annahme zum Grunde, so spricht sich auch die Absicht der schuldner'schen Eheleute im vorliegenden Falle ihrem Gläubiger in der kaum berührten Weise mit der von dem Ehemann von seinem beigebrachten Vermögen

eingesetzten Liegenschaft Sicherheit zu leisten, darin unverkennbar aus, daß in dem Pfandschein gesagt ist:

Zur Sicherstellung der Gläubiger bestellen wir ihnen für diese Schuld sammt Zinsen rc. die im nachstehenden Auszug des Unterpfandsbuchs verzeichneten Unterpfänder" rc.

Den vorstehenden Ausführungen ist der Vollständigkeit wegen zum Schluß noch eine Bemerkung anzufügen: Wenn zwei Gläubigern in Einer und derselben Pfandsitzung Unterpfänder bestellt wurden, wobei dem Einen derselben ausdrücklich das Vorpfandrecht eingeräumt wurde, so fragt es sich, ob nicht gleichwohl nach der Regel des Art. 15 des Prioritätsgesetzes, nach welcher die Gläubiger der IV. Klasse ihre Befriedigung nach dem Vorzuge der Zeit erhalten sollen, und in Gemäßheit des Art. 9 des Prioritätsgesetzes beide Pfandgläubiger in IV. Klasse mit gleichem Recht zu befriedigen seyen. Das Richtige ist unzweifelhaft, diese Frage zu verneinen, da in der Einräumung des Vorpfandsrechts nichts Anderes, als die Fiktion eines Vorzugs der Zeit enthalten ist, welcher Fiktion das Gesetz die volle Wirkung zuerkennt, und welche mithin auch in Beziehung auf das Vorzugsrecht IV. Klasse wirksam seyn muß (Art. 104, Art. 97 und Art. 82 des Pfandgesetzes). Diese Thesis hat das Obertribunal gegen die Ansicht eines Gerichtshofes in zwei Fällen durch Erkenntniß vom 13. Febr. 1856 in Sachen Sp. g. Br. und durch Erkenntniß vom 27. März 1857 in Sachen R. gegen H. in folgender Begründung festgehalten:

„Eine Beschränkung des der antischen Forderung eingeräumten Vorrangs auf die mit dem Pfandrecht unmittelbar verbundenen Rechte läßt sich nicht aus Art. 9 des Prioritätsgesetzes ableiten, wo gesagt ist, daß die Pfandgläubiger, welche aus dem Erlöse ihrer Unterpfänder nicht vollständig befriedigt werden, mit dem Ueberreste an die gemeine Masse nach dem Range zu verweisen seyen, welchen sie ohne Rücksicht auf das erworbene Pfandrecht anzusprechen gehabt hätten. Denn hiemit

wollte offenbar nur gesagt werden, daß jene Gläubiger nicht verlangen können, mit dem durch den Pfanderlös nicht gedeckten Theil ihrer Forderungen auch bei der gemeinen Masse als Pfandgläubiger, d. h. in II. Klasse lozirt zu werden; im Uebrigen aber sollen ihre Forderungen bei der gemeinen Masse nach dem ihnen gebührenden Range lozirt werden, d. h. also nach demjenigen Range, welchen sie entweder vermöge besonderer gesetzlicher Privilegien, wie die Gläubiger der III. Klasse, oder vermöge der Priorität der Zeit, oder vermöge des einer Forderung vor der andern durch Uebereinkunft eingeräumten Vorzugsrechts anzusprechen haben.

Ebensowenig läßt sich auf den Grund des Art. 15, Abs. 3 des Prioritätsgesetzes behaupten, daß die antische Forderung vor der atischen einen Vorrang deßwegen nicht ansprechen könne, weil die Pfandbestellungen für beiderlei Forderungen an demselben Tage vorgenommen worden sind, während jener Artikel bestimmt, daß hinsichtlich des Vorzugsrechts der auf einen beglaubigten Schuldschein sich stützenden Forderungen der Tag der Beglaubigung entscheidend sey. Denn angenommen auch, es habe hiemit in Absicht auf die an einem und demselben Tage beglaubigten Schuldurkunden der Vorrang der einen Forderung vor der andern, auch wenn sich die früher erfolgte Beglaubigung nachweisen läßt, ausgeschlossen werden wollen, und angenommen ferner, die gedachte zunächst blos auf die Schuldverschreibungen des Art. 15 des Prioritätsgesetzes sich beziehende Vorschrift finde auch auf solche Forderungen Anwendung, deren Vorzugsrecht nach Art. 14 auf einer Pfandbestellung beruht, so muß doch die gedachte Regel, wie dies in Art. 97 des Pfandgesetzes in Absicht auf Pfandbestellungen ausdrücklich bemerkt ist, jeden Falls dann eine Ausnahme leiden, wenn, wie dies nach dem oben Bemerkten, hier zutrifft, durch besondere Uebereinkunft einer Forderung vor der andern ein Vorrang eingeräumt worden ist.“

Eine Beurtheilung des in Vorstehendem erörterten Vorzugsrechts vom legislativen Standpunkt aus kann hier unterbleiben. Daß dasselbe zumal in dem hier vertheidigten Umfang insolange, als überhaupt die Vorzugsrechte der IV. Klasse bestehen, wohl begründet ist, wird Niemand in Abrede ziehen. Eine Erörterung der Frage dagegen, ob diese Vorzugsrechte überhaupt und damit auch das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers beibehalten werden sollen, würde an diesem Orte zu weit führen. *

*) In der während des Druckes des vorstehenden Aufsatzes erschienenen Lieferung der Reusser'schen Zeitschrift für Rechtspflege, Heft 2 und 3 des II. Bds. S. 328—351 ist gleichfalls das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers in IV. Cl. erörtert. Eine Widerlegung der dort für die abweichende Ansicht angeführten Gründe ist hier nicht mehr möglich; in der Hauptsache aber in vorstehenden Ausführungen vielleicht zu finden. Sy.

---

3) Ueber die Haftpflicht der Eisenbahnen. Das geltende Recht und die Autonomie der Verkehrsanstalten.

Von Herrn Rechtskonsulent Otto in Heilbronn.

In dem Streite, der über die Haftung der Eisenbahnen sich entsponnen hat, dürfte jeder Beitrag zur Lösung nicht unwillkommen seyn. Im Folgenden habe ich es versucht, die rein juristische Seite der Sache, das Verhältniß der Autonomie zum geltenden Rechte, zu behandeln. Ich stelle die Hauptsätze der Verkehrsordnungen voran, (§. 1), lasse die Vorschläge der Gesetzgebung folgen (§. 2), werde dadurch auf die Lehre vom receptum (§. 3), von der locatio operis (§. 4) geführt und bin dann (§. 5) im Stande, die formelle und materielle Geltung der „Reglements" zu prüfen.

§. 1.

Die Eisenbahn- und Posttransport-Ordnungen.

Ich halte mich hier an die Vereins-Reglements,[1] welche als das gemeine deutsche Eisenbahnrecht sich geben, nämlich an das für den Personenverkehr vom 28. und 29. Juli

[1] Dieses unschöne Fremdwort sollte verdrängt werden.

1857 (im Folgenden angeführt mit den Buchstaben P.R.), und an das Vereins-Reglement für den Güterverkehr auf den Eisenbahnen Deutschlands vom 1. Dezember 1856 (G.R.). Wichtigere Abweichungen anderer deutscher Eisenbahnordnungen, namentlich der württembergischen Zusatzbestimmungen vom 7. November 1857 werde ich in den Noten angeben.[2] Der Inhalt dieser beiden Verkehrsordnungen, soweit er hieher gehört, wird in folgenden Sätzen richtig wiedergegeben seyn:[3]

I. Haftung für Personen.

A. Ueber Beschädigung und Tödtung von Personen ist nichts gesagt.[4]

B. Verspätete Ankunft oder Nichtabfahrt. Die Bahnen lehnen jede Ersatzpflicht ab und geben nur das Fahrgeld ganz oder theilweise zurück (P.R. §. 23).

II. Haftung für Sachen.

A. Beschädigung und Verlust.

Die Bahnverwaltungen haften abgesehen von gewissen Ausnahmen[5] für allen Schaden, Verlust oder Beschädigung, er wäre denn durch ein Ereigniß verursacht, das sie nicht

---

[2] Die bei Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen zu beobachtenden Regeln werden unter §. 5 erwähnt werden.

[3] Vergl. Koch, Deutschlands Eisenbahnen II. 384 und Beilagenheft II. u. III.

[4] Für die preußischen Staatsbahnen ist im §. 33 ihres Reglements folgendes bestimmt: „Wenn ein Reisender während der Eisenbahnfahrt durch diese eine körperliche Beschädigung erleidet, welche weder eigener Schuld, noch der eines Mitreisenden zur Last fällt, noch durch unabwendbaren Zufall herbeigeführt worden ist, so leistet die Verwaltung ihm Ersatz für die entstandenen Kurkosten; eine weitere Entschädigungspflicht liegt der Verwaltung nicht ob."

[5] Nicht als Ausnahmen sind anzuführen: a) eigene Schuld des Versenders oder Empfängers, wohin Mängel der Verpackung gehören (G.R.G. b). b) Ersatzverlust durch Uebervortheilung bei Angabe von Gewicht und Waarengattung, denn dieß ist eine Conventionalstrafe, die den Verlust ex post herbeiführt (G.R. §. 14 u. 19 c). c) Besonderer Revers bei Aufgabe nicht wohl verpackter und wohl conditionirter Waaren (G.R. §. 4, Abs. 2).

haben abwenden können; dabei ist es einerlei, von wem der Schaden herrührt und unbedingt anerkannt, daß sie für Verschuldung ihrer Leute haften. Die Beweislast liegt ihnen ob (G.R. §. 14, Punkt 9, a. P.R. §. 31, c).[6]

1) Eine Ausdehnung dieser Verpflichtung findet statt bei Zerstörung und Beschädigung von leblosen Gegenständen durch Feuer[7], indem hier nur der Beweis der Selbstentzündung[8], nicht der des Zufalls befreit (G.R. und P.R. a. a. O. P.R. §. 41, wo für Vieh der Beweis des Zufalls vorbehalten wird).

2) Alle und jede Haftung wird abgelehnt

a) bei Gepäck unter eigener Aufsicht und in Equipagen (P.R. §. 29. 38. Abs. 3);

b) wenn bei einem Gepäckstück der Schaden nicht in unzweifelhaftem Zusammenhang mit einer sofort äußerlich erkennbaren Beschädigung steht (P.R. §. 31 b).

3) Beschädigungen, außer Feuerschaden, werden nicht ersetzt:

a) bei äzenden und gefährlichen Stoffen[9] (G.R. §. 14, 5. Abs. 2);

---

[6] Koch, a. a. O. §. 82, §. 23 a. N. 10, 11.

[7] Was die Haftung für Diebstahl betrifft, so soll dieser nach dem P.R. §. 31 c. u. 38 bei Gepäck und Equipagen nie zum Zufall gerechnet werden. Eine eigentliche Ausdehnung der Verpflichtung ist dieß aber kaum zu nennen. Die von Koch II. 277 aufgeworfene Frage, ob gewaltsamer Diebstahl? ist nach den Umständen zu beurtheilen. Zu bemerken ist, daß einzelne Eisenbahnen unbedingt für Raub haften. Koch II. 283 a.

[8] In Württemberg (§. 22 zu P.R. u. 36) ist bei Equipagen noch der Vorbehalt gemacht, daß Befreiung von der Haftung eintritt, wenn die Epuipage mit leicht entzündlichen Gegenständen beladen oder bedeckt war.

[9] Ich kann nicht finden, daß bei diesen Stoffen Angesichts des allgemein lautenden G.R. §. 14, Z. 2 nicht für Feuer, oder, sowie bei den von Württemberg gleichfalls ausgenommenen leeren Emballagen und als Frachtgut beförderten Fahrzeugen (§. 29, 30), nicht für Diebstahl gehaftet werde, denn das G.R. §. 14, 5 spricht nur von Beschädigung und Abs. 2 kann zunächst nur dahin ausgelegt wer-

b) bei Vieh in gewissen Fällen (P.R. §. 41, Abs. 2);

c) bei Fischen und Südfrüchten (G.R. §. 14. 3 af.).

4) Die Beweislast wird verändert und Nachweis einer besonderen Verschuldung der Verwaltung verlangt,

a) wenn bei Gütern (vergl. 2b) die vorhandene innere Beschädigung nicht in unmittelbarer und unzweifelhafter Beziehung zu einer äußerlichen Beschädigung steht. Dabei ist dann noch der Nachweis unbeschädigt aufgelieferten Inhalts und gehöriger Verpackung vollständig zu liefern[10] (G.R. §. 14. Z. 4);

b) bei Abhandenkommen[11] von Gegenständen, die von den Versendern selbst verladen und vom Empfänger abzuholen sind (G.R. §. 14, Z. 3, Abs. 3);

c) bei Beschädigung von in ganzen Wagenladungen vom Versender selbst verladenen Waaren (G.R. §. 14, Z. 5);

d) im Falle des Note 5 c. erwähnten Reverses muß der Beweis einer Verschuldung der Bahnverwaltungen oder ihrer Bediensteten jedenfalls auch vorbehalten bleiben;

---

den, daß auch bei Nachweis von Verschuldung nicht für Beschädigung gehaftet werde. Auch Koch I. 236, der sonst die wörtliche Auslegung hat, I. 256, nimmt z. B. für Wagenladungen unbedingtee Haftung für Feuer an, was eigentlich durch den Wortlaut auch ausgeschlossen wäre.

[10] Damit scheint die sonst eintretende Präsumtion für unbeanstandet aufgenommene Güter hintennach beseitigt werden zu wollen, Koch II. 186 N. 10, 230 N. 6, 291.

[11] Beschädigungen fallen nach dem Wortlaut der Bestimmung unter die Regel, wie bei Wagenladungen (oben unter c.) der Diebstahl. Diese Regel kann aber nicht, wie ein Erkenntniß des Lübeker Oberappellationsgerichts bei Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht I. 573, annimmt, dahin verstanden werden, daß die Eisenbahnen in den Fällen, wo sie nicht den Nachweis eines Verschuldens verlangen ohne Verschulden, also für casus haften wollen, ausgenommen Fälle der vis major, d. h. wie es dort definirt wird, solche Ereignisse, welche mit der Art, wie die Güter in Empfang genommen und befördert worden sind, nicht in Verbindung stehen. Vielmehr ist die Absicht nur die, bei dem Punkt 4 genannten Fällen die Beweislast umzudrehen. Eine bessere Stellung des Publikums konnte bei diesen Artikeln nicht beabsichtigt seyn.

e) bei Bruch von demselben leicht unterliegenden Sachen, Leckage, Verderben leicht gährender und faulender Stoffe, Rosten von Metallwaaren (G.R. §. 14, Z. 5);

f) bei natürlichem Abgang, als welcher aber bis zum Nachweis einer Beraubung oder bestimmten Verschuldens gewisse Prozente von vornherein gelten und wobei bestimmt ist, daß, wenn der Frachtbrief das Gewicht mehrerer Colli nur in Einer Summe aufführt, das Manco von der Gesammtsumme berechnet wird[12] (G.R. §. 14, Z. 3. a. u. c.);

g) bei Fischen und frischen Südfrüchten ist augenfällige Beraubung vor der Empfangnahme nachzuweisen (G.R. §. 14, Z. 3, af.).

5) Der Maßstab der Haftung ist immer nur der allgemeine Handelswerth am Ort und zur Zeit der Aufgabe, neben gänzlichem oder theilweisem Frachtnachlaß. Dieser Grundsatz gilt, mag ein Frachtzuschlag, eine Werthfracht,[13] oder bloße Gewichtfracht bezahlt seyn, in welchem Falle ein Maximum ersetzt wird, das z. B. bei Gepäck einen Thaler per Pfund, bei Waaren zwanzig Thaler per Ctr. ausmacht (P.R. §. 31, a. b. G.R. §. 14, Z. 6, 7, 8). Die Beweislast trifft aber beide Male den Befrachter, sobald Zweifel über den wirklichen Werth erhoben werden. Bei theilweisem Verlust und Beschädigung wird verhältnißmäßige Entschädigung gewährt, und zwar rein nach dem Gewicht, so daß also, wenn der werthvollere aber leichtere Inhalt des Collo beschädigt ist, dieß nicht in Betracht kommt, während, wenn der minder werthvolle beschädigt oder verloren ist, in Folge des

[12] Dieß kann aber nie dahin führen, daß, wenn von 200 Centner Kaffee ein ganzer Ballen à 2 Centr. fehlt, dieser als „natürlicher Abgang" gilt, wie schon behauptet worden seyn soll.

[13] So, und nicht von „Versicherung" muß man reden, da nach dem G.R. keine andere Fälle der Haftung dadurch entstehen. (Württemb. Zusatzbestimmungen §. 32, 33, Z. 1). Bei Kunstgegenständen und Pretiosen nimmt das G.R. keine Werthfracht an (§. 14, Z. 8, vorletzter Absatz). Gepäck wird von P.R. nur mit Gewichtfracht aufgenommen, andere Bahnen lassen Werthfracht zu, z. B. die württembergische (§. 16 zu P.R. §. 29).

Grundsatzes, daß nur der wirkliche Werth ersetzt wird, die durch die Gewichtsrechnung gefundene Summe herabgesetzt werden muß.[14]

B. Verspätete Lieferung.

Nach den bestehenden Eisenbahnordnungen, insbesondere dem G.R. §. 10 wird kein Schaden oder entgangener Gewinn ersetzt. Es verfällt nur die Fracht zur Hälfte oder ganz, und auch dies nicht, wenn

a) die Zahl und Beschaffenheit der vorhandenen Betriebsmittel die Verladung nicht thunlich macht;

b) Naturereignisse oder unvorherzusehende Hindernisse auf den fahrbaren Zustand der Bahn und der Beförderungsmittel Einfluß haben (G.R. §. 10).

Ich füge nun die Hauptbestimmungen der Posten bei, weil diese Verkehrsanstalt doch die nächste Verwandtschaft mit den Eisenbahnen hat, und die Post häufig mit der Eisenbahn befördert[15] wird, wobei ich mich lediglich an die Vereins-Verträge halte, wie sie auch in der umfassenden württemb. Transportordnung vom 29. Juni 1858 wiedergegeben sind.[16] Danach haben die Posten die von ihnen übernommenen[17] Sendungen mit Sorgfalt zu befördern und dem Absender

---

[14] Koch II. 272. Die Rechtsgrundsätze, aus welchen dieß folgt, siehe bei Compe, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 17, S. 362 ff. zunächst für Posten.

[15] Es kann dadurch das eigene Verhältniß eintreten, daß die Post haftet, ohne Regreß zu haben; denn die Haftung der Post wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß derjenige, welcher mit der Post versendet, die Benutzung der Eisenbahn durch dieselbe billigt.

[16] Das frühere Recht (vergl. Note 91) ist in einigen Punkten vortheilhafter. Es hatte die maxima nicht, aber nur weil es immer Declaration verlangte, und es legte den nach Note 19 verlangten Beweis nicht auf, sondern ließ es bei den allgemeinen Rechtsregeln bewenden. Endlich scheint es für Verspätung eingestanden zu seyn. Postwagentarif von 1814. §. 6.

[17] Die Posttransportordnung §. 48 zählt Gegenstände auf, die nicht, §. 49 solche, die bedingt übernommen werden.

Vergütung für Verlust und Beschädigung[18] mit folgenden näheren Bestimmungen zu leisten. Sie haften

a) gar nicht für gewöhnliche Briefe und Handgepäck sowie für Beschädigung von rekommandirten Briefen (Post-Transportordnung §. 93, Abs. 2. §. 96, Abs. 2);

b) für Pakete und Verlust von recommandirten Briefen unbedingt mit Ausnahme von Krieg und unabwendbaren Folgen von Naturereignissen.

Den Beweis dieser Zufälle hat die Post zu führen und nur[19], wenn die vorgefundene innere Beschädigung nicht in unzweifelhafter unmittelbarer Beziehung zu einer äußerlich erkennbaren Beschädigung steht, liegt der Beweis besonderen Verschuldens neben dem Nachweis der unbeschädigten und wohl verpackten Auflieferung dem Beschädigten ob (P.T.O. §. 93, 98, Z. 3);

c) das Porto ist wie bei der Eisenbahnfracht theils Gewichtporto, theils Werthporto, wonach sich der Ersatz richtet, der im letzteren Falle ganz nach dem deklarirten Werth[20], im ersteren nach dem wirklichen Verlust bis zu einem gewissen Maximum gewährt wird (P.T.O. §. 95, 96, Abs. 1);

d) für verloren gegangene rekommandirte Briefe wird eine Summe von 24 fl. 30 kr. (eine Mark Silber) vergütet (P.T.O. §. 94).

§. 2.

Gesetzgebung und Gesetzesentwürfe.

Es sollen hier die neueren deutschen Gesetzesentwürfe über Frachtfahrerrecht und Eisenbahntransport zur Ver-

[18] Ueber Personentransport ist nichts gesagt, daher das gewöhnliche Recht gelten muß. Compe a. a. O. S. 330. Ersatz für Verspätung jeder Art wird verweigert, obgleich er nur bei Expreßbriefen ausdrücklich abgelehnt ist. Einwendungen dagegen und Näheres darüber bei Compe a. a. O. S. 332 ff. 356.

[19] Diese Bestimmung ist dem Postvereinsvertrag vom 5. Dezbr. 1851 erst im Nachtrag vom 3. Sept. 1855 beigefügt worden; offenbar in Nachahmung der Eisenbahnbestimmungen.

[20] Nach Compe a. a. O. S. 360 hat die Postanstalt die exceptio doli gegen zu hohen Ansatz, was wohl richtig ist.

gleichung mit vorstehenden autonomen Satzungen der Verkehrsanstalten zusammengestellt werden. Doch wird es angemessen seyn, die Artikel des Code Napoléon als Einleitung vorauszuschicken, weil die deutschen Entwürfe vielfach damit zusammenhängen und insbesondere, weil die französische Gesetzgebung das Wort „force majeure" häufig gebraucht, auf diesem Begriff aber auch von dem Nürnberger Entwurf fortgebaut werden will.

I. Französisches Recht.

Code civil 1782. Les voituriers par terre et par eau sont assujettis pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiés, aux mêmes obligations que les aubergistes.

1952. Les aubergistes sont responsables comme dépositaires des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire.

1927 — 29. Le dépositaire doit apporter dans la garde de chose confiée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent.

La disposition de cet article doit être apporté avec plus de rigueur . . 2) s'il a été stipulé un salaire pour la garde du dépôt . . 4) S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute.

Le dépositaire n'est tenu en aucun cas des accidents de la force majeure . . . .

1953. Les aubergistes sont responsables du vol et du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie.

1954. Ils ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure.

1784. Les voituriers sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins

qu'ils ne prouvent, qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure.

Code de commerce 103. Le voiturier est garant des objets à transporter hors les cas de force majeure.

Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.

104. Si par l'effet de la force majeure le transport n'est effectué dans le délai convenu, il n'y a pas lieu à indemnité contre le voiturier pour cause de retard.

II. Der württb. Entwurf von 1839.

Art. 111. Der Fuhrmann haftet für jeden Schaden an dem ihm anvertrauten Gute, wenn derselbe nicht durch höhere Gewalt, durch die eigenen Mängel des Guts oder durch die Schuld des Versenders erweislich entstanden ist, und — was die beiden ersteren Fälle betrifft — durch Vorsicht nicht abgewendet werden konnte.

Art. 113, Abs. 1. Die Entschädigung wird nach dem Werthe bemessen, welchen das Gut an dem Orte und zu der Zeit hatte, wo es hätte abgeliefert werden sollen.

Art. 120, Abs. 1. Ist die Ablieferung des Guts wegen höherer Gewalt nicht innerhalb der bedungenen Zeit geschehen, so ist der Fuhrmann für den Verzug keine Entschädigung schuldig. Uebrigens wird der Versender oder Empfänger mit dem Beweise, daß die wegen Verzugs bedungene Entschädigung unzureichend sey, nur dann gehört, wenn der Verzug das Doppelte der im Frachtbriefe bestimmten Ablieferungszeit übersteigt.

Art. 127. Alle im gegenwärtigen Kapitel aufgeführten Bestimmungen gelten auch den Schiffern, Landboten, Landkutschern und öffentlichen Posten, soweit nicht die Gesetze bei diesen letzteren etwas Anderes bestimmen.

III. Der im Auftrag des Reichsministeriums im Jahr 1848—49 ausgearbeitete Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs, Tit. V, Abschnitt 3.

Art. 42. Für Verlust und Schaden, welche das Gut von der Empfangnahme bis zur Ablieferung am Bestimmungsorte treffen, ist der Fuhrmann verantwortlich, wenn er nicht beweist, daß er sie durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtfahrers nicht würde haben abwenden können. —

Der Betrag des Schadens wird nach dem Werthe bestimmt, welchen das Gut an dem Orte und zu der Zeit hatte, wo es hätte abgeliefert werden sollen.

Art. 43. Für die verspätete Ablieferung des Guts ist der Frachtführer verantwortlich, wenn er nicht beweist, daß er die Verzögerung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtfahrers nicht würde haben abwenden können. — Ist für den Fall verspäteter Ablieferung ein Abzug an der Fracht bedungen, so kann der Versender den Ersatz des etwaigen größeren Schadens, welcher ihm durch die verspätete Ablieferung entstanden ist, fordern.

Art. 44. Der Frachtführer haftet für seine Leute . .

Art. 49. Die Bestimmungen dieses Abschnitts finden Anwendung auf die Unternehmer von Beförderungsmitteln jeder Art, welche dem Publikum öffentlich zur Benützung dargeboten werden, unbeschadet der Vorschriften, welche in dem besonderen Reglement enthalten sind.

In Ermangelung der Angabe eines Werthes wird dem Absender im Falle des Verlustes oder der Beschädigung nur derjenige Werth vergütet, welcher den versandten Gegenständen nach ihrem äußeren Werthe beizulegen war. Ist der Werth angegeben, so kann der Richter den Absender zum Erfüllungseide über die Richtigkeit dieser Angabe zulassen.

IV. Das preußische Eisenbahngesetz vom 3. Novbr. 1838.

Art. 25. Die Eisenbahngesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf

der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schaden entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein socher von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten.

V. Der Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes (revidirter Entwurf), neuntes Hauptstück: von Frächtern.

Dasselbe nimmt in Art. 176 auf die §§. des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs Bezug, welche lauten:

§. 970. Wirthe, Schiffer oder Fuhrleute haften für Sachen, die von aufgenommenen Reisenden oder als Fracht ihnen selbst oder ihren Dienstleuten übergeben worden sind, gleich einem Verwahrer.[21]

§. 1316. Sie verantworten den Schaden, welchen ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen einem Reisenden in ihrem Hause oder in ihrem Schiffe oder an der Befrachtung verursachen.

Dieß führt der Entwurf dann weiter aus, bemerkt übrigens §. 193, daß die aus Versendungen durch Staatsanstalten oder andere durch amtlich kundgemachte Statuten festgesetzte Transportanstalten entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten nach den darüber bestehenden Vorschriften zu beurtheilen seyen.

---

[21] Von dem Verwahrungsvertrag sagt Art. 961: Die Hauptpflicht des Verwahrers ist, die ihm anvertraute Sache durch die bestimmte Zeit sorgfältig zu verwahren und nach Verlauf derselben in eben dem Zustande, in welchem er sie übernommen und mit allem Zuwachse zurückzustellen. Art. 964. Der Verwahrer haftet dem Hinterleger für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, aber nicht für den Zufall, selbst dann nicht, wenn er die ihm anvertrauten, obschon kostbareren Sachen mit Aufopferung seiner eigenen hätte retten können.

VI. Der preußische Entwurf, welcher den Berathungen in Nürnberg zu Grunde lag, bestimmte:

Art. 310, fast gleichlautend mit dem deutschen Entwurf: der Frachtführer haftet für Verlust und Beschädigung des Guts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung, wenn er nicht beweist, daß er den Verlust oder die Beschädigung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtfahrers nicht habe anwenden können.

Art. 311. Ist für den Fall verspäteter Ablieferung ein Abzug an der Fracht oder der Verlust der Fracht bedungen, so ist hiedurch nicht ausgeschlossen, daß statt dessen der Ersatz des etwaigen größeren Schadens gefordert werden kann, welcher durch die verspätete Ablieferung erstanden ist.

Art. 313. Wie deutscher Entwurf, Art. 44.

Art. 326 macht die Anwendung auf öffentliche Transportunternehmungen.

VII. Der Nürnberger Entwurf.

Bei der Berathung des eben angeführten Art. 310 des preußischen Entwurfs (Sitzung 87. S. 793—795) ergab sich eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob man dem Fuhrmann nach dem Vorschlage des Entwurfs nur die Pflicht auflegen solle, daß er mit der höchsten Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers einzustehen habe, aber von allen Verbindlichkeiten frei sey, wenn er nachzuweisen vermöge, daß troz der Anwendung dieser Sorgfalt der betreffende Schaden gleichwohl eingetreten sey, oder ob man ihm auch die Pflicht der Tragung des Zufalls, Fälle der höheren Gewalt ausgenommen, aufzulegen habe. Von mehreren Seiten wurde die mildere Ansicht des Entwurfs befürwortet und angeführt, die Pflicht des Fuhrmanns könne nicht so weit gehen, daß man ihn, wie aus dem receptum für den Zufall, für Diebstahl u. s. w. einstehen lassen dürfe. Bei Weitem die größere Mehrzahl und namentlich die Mitglieder vom Kaufmannsstande sprachen sich jedoch für das strengere System aus, nach welchem von dem Fuhrmann die volle Haftung ex recepto zu tragen sey.

So trat mit 14 gegen 2 Stimmen in erster Lesung der folgende Artikel (335) an die Stelle des Entwurfs:

Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch unabwendbare höhere Gewalt oder durch inneren Verderb oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist.

In zweiter Lesung (98. Sitzung, S. 1229) wurde das Wort „unabwendbar" gestrichen, als zu Härten und Mißdeutungen führend und hinter dem Wort Gewalt in Parenthese „vis major" eingeschaltet (Art. 371).

Vergleicht man damit die Motive des preußischen Entwurfs, so muß man sich fragen, ob dieselben nicht beachtet worden sind, oder ob sie einen andern Begriff vom receptum haben, als die Kommission.

Auf S. 171 der preußischen Motive ist nämlich Folgendes zu lesen:

„Es unterliegt doch wohl keinem Bedenken, daß die strengere mit den Grundsätzen der gemeinrechtlichen actio de recepto übereinstimmende Haftpflicht des Schiffers dem bei sämmtlichen Frachtführern eintretenden praktischen Bedürfnisse allein entspricht. Die neueren Handelsrechte machen auch übereinstimmend den Frachtführer für alle Verluste und Beschädigungen des Guts verantwortlich nur mit Ausnahme derjenigen, welche von höherer (unabwendbarer) Gewalt oder von eigenen Mängeln der Sache herrühren. Der vorliegende Artikel hat sich in der Fassung dem Entwurfe eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland angeschlossen, welcher denselben Satz mit einer größeren Präcision ausdrückt und zugleich den nicht unzweideutigen Ausdruck „höhere Gewalt" (damnum fatale)[22] vermeidet.

Wie dieses Dilemma zu lösen und welches die richtige

[22] Vergl, Pöhl's Handelsrecht I. 146.

Ansicht vom receptum sey, damit wird sich die folgende Darstellung (§. 3) beschäftigen.

Zuvor habe ich die weitern Artikel anzuführen.

Art. 372, 373 über Lieferzeit lauten fast gleich mit dem deutschen Entwurf (oben Artikel 43). Der „ordentliche Frachtführer" kommt also wieder herein.

Art. 376 verbietet alle Verträge, durch welche die gesetzliche Verbindlichkeit des Frachtfahrers beschränkt oder aufgegeben werden solle, nimmt aber Posten und gewöhnliche Fuhrleute aus (90. Sitzung S. 827 ff. 141. Sitzung S. 1230 ff).

§. 3.

Die Haftung ex recepto.

Das vorstehend Angeführte spiegelt schon den ganzen Streit der Meinungen ab. Die Frage der Haftung ex recepto, ob diese auf die Frachtfahrer auszudehnen sey, in der Theorie fast erledigt und verneinend beantwortet[23], taucht in der Gesetzgebung wieder auf, muß daher vor Allem wieder festgestellt werden.

Dabei galt bisher als ausgemacht, und war ein im gemeinen Leben ohnehin unbezweifelter Satz, daß der Wirth, der Schiffer für allen Zufall einstehe und nur durch den Beweis der vis major oder wie der Kaufmann zu sagen pflegte, force majeure frei werde und fragte man nach dem Begriffe, so erhielt man gewöhnlich zur Antwort, es werden darunter Naturereignisse und unabwendbare Gewalt verstanden. Wenn je ein Satz des römischen Rechts als unantastbar betrachtet wurde, so war es dieser.

Hier wenn irgendwo glaubte der Theoretiker festen Boden zu haben.[24] Hatte ihn der Praktiker wirklich und

---

[23] Vergl. Harpprecht, Frachtfahrerrecht Kap. II. §. 16. Müller, actio de recepto, 2. Aufl. §. 15 ff. Holzschuher, Theorie und Kasuistik III. 827 ff. Koch, Deutschlands Eisenbahnen II. 23 gegen Bluntschli, deutsches Privatrecht S. 358. Puchta, §. 314.

[24] Statt aller weiteren Citationen verweise ich auf Seuffert, Pandekten §. 101 Nr. 2, Koch, Deutschlands Eisenbahnen II. S. 23,

kann also die einfache Hinweisung auf die Lehre vom receptum und der vis major, wie der Nürnberger Entwurf sie vorschlägt, die Rechtssicherheit gewähren, welche von einem Handelsgesetzbuch erwartet werden muß? Ich glaube nicht.

Der Richter, stand er vor einem Schaden, der nach dem Edikt zu beurtheilen war, mußte im Gegentheil finden, daß mit jenen Worten noch nichts gesagt sey, daß ihm vielmehr nach wie vor übrig bleibe, zu untersuchen, welchen Grad von Sorgfalt der Schiffer angewendet habe, und ob er nach der ihm obliegenden Verbindlichkeit genug gethan, oder wie Mommsen[25] sagt: „der Richter wußte längst, daß es kein Ereigniß gebe, welches unter allen Umständen die Möglichkeit einer Verschuldung des debitor, auch einer blos mittelbar wirkenden, auszuschließen vermöchte."

Trotzdem aber und obgleich es an vielen sprechenden Autoritäten für die richtige Auffassung der Sache keineswegs fehlte, wie nachher zu zeigen ist, blieb es der neuesten Zeit vorbehalten, in einer umfassenden Revision die Lehre festzustellen. Goldschmidt im zweiten[26] Hefte des dritten Bandes, seiner Zeitschrift für das Handelsrecht ist es, der sie in geistreicher Weise durchgeführt hat.

Es dürfte sich dadurch ergeben, daß in dem Eisenbahnstreite gerade der größte Erisapfel, die Frage, ob das receptum einzuführen sey, des Kampfes kaum werth ist.

24, Müller, actio de recepto §. 9 und ein Erkenntniß in Tafel's Civilrechtssprüchen II. 280, welches insofern merkwürdig ist, als es sich von der Ansicht, daß die Post ex recepto und „also" für jeden Schaden, auch den zufälligen, hafte, wenn nicht vis major im Spiele sey, selbst durch den §. 6 der K. württ. Verordnung vom 2 Juni 1814 nicht irre machen ließ, der ausdrücklich die Schuldfrage für entscheidend erklärt.

[25] Die Unmöglichkeit der Leistung S. 236.

[26] Das 3. Heft, die zweite Hälfte des Aufsatzes enthaltend, erschien, nachdem diese Arbeit bereits vollendet war. Da ich in einigen Punkten verschiedener Ansicht bin, dürfte mein Aufsatz auch jetzt noch nicht ganz überflüssig erscheinen und dessen Veröffentlichung gerechtfertigt seyn.

Unser Rechtssystem knüpft seine Bestimmungen über Haftung für Schaden durch Handlungen und Unterlassungen stets, wie es auch nicht anders seyn kann, an den menschlichen Willen an, indem es festsetzt, in welchem Grade derselbe sich angespannt gezeigt haben müsse, damit das eingetretene Ereigniß ihm nicht zugerechnet werden könne.

Außerhalb eines Obligationsverhältnisses verlangt es bekanntlich, daß Jeder schuldig sey, das Aeußerste von Sorgfalt, nach der gewöhnlichen Thätigkeit des Menschen berechnet, zu leisten, um nicht einen Andern oder seine Sachen körperlich zu beschädigen. [27]

In Obligationsverhältnissen, wo gerade verlangt wird, daß einer sich mit Dritten und ihrem Verkehrskreise befasse, wo der Wille des Schuldners gefordert wird, muß es zwar culpa bleiben, wenn im aquilischen Sinn Verletzungen vorkommen; aber die Obligation bringt dazu neue Bestimmungen. Der Schuldner muß diligentia diligentis anwenden, um das Geforderte zu leisten.

Dazu tritt der Begriff der custodia auf, der bei der Aquilia entweder gänzlich fehlt, oder nur auf einem Umwege eingreift, wenn nämlich durch ein vorhergegangenes Thun Aufsicht nothwendig geworden war, [28] und es erhält damit der Wille einen neuen Gegenstand.

Wie stark die Anspannung dieses Willens seyn müsse, richtet sich nach der Art der Obligation. Muß auch als Regel betrachtet werden, daß derselbe und zwar der höchste Grad des Fleißes gefordert wird, wo überhaupt der Wille in Thätigkeit zu treten hat, so bringen manche Obligationen aus Billigkeitsgründen oder bringt die Willkühr der Kontrahenten Abweichungen mit sich. [29] Der Berechtigte hat sich öfters mit dem Nachweis zu begnügen, daß der Verpflichtete nicht böslich oder culpa lata oder daß er

---

[27] Hasse, die culpa §. 8, 15.

[28] Hasse, a. a. O. S. 283.

[29] Hasse, a. a. O., Anhang II. S. 555.

mit dem Fleiße, den er in eigenen Dingen anzuwenden pflegte, gehandelt habe, wie auf der anderen Seite, wenn er sich mit dem Nachweis fehlender culpa lata zufrieden geben müßte, ihm überlassen bleibt, zu erweisen, daß der Verpflichtete nicht die sonst an ihm gewohnte Sorgfalt gezeigt habe.

So bestimmt sich das Gebiet der Zurechnung und wo dieses aufhört, beginnt das des Zufalls, dessen Begriffsbestimmung daher nur eine negative seyn kann. [30]

Dabei ist noch folgendes zu sagen:

1) custodia ist Haftung für furta sowohl als damna und der Verpflichtete hat die Prästation des nöthigen Fleißes zu beweisen. [31] Inwiefern ein Unterschied stattfindet, wird in §. 3 näher zur Sprache kommen.

2) Die diligentia ist auch in ihrem äußersten Grade keine außergewöhnliche, das durchschnittliche Maaß menschlicher Kräfte übersteigende. [32] Es liegt aber in der Natur der Sache, daß der Richter großen Spielraum hat und je nach den Umständen und der Absicht der Vertragenden Fälle, die ein anderes Mal zum casus gehören, als Schuld zugerechnet werden. Diese verschiedenen Schattirungen gesetzlich zu bestimmen, ist unmöglich. Eine Steigerung muß z. B. eintreten, wenn ein ohnehin zu custodia Verpflichteter ein besonderes Versprechen gibt. [33] Immer bleibt aber auch bei solchen Verabredungen, die das Maaß der Haftung erweitern, die Bestimmung der Haftungsgrundsätze eine subjektive d. h. eine Frage der Schuld.

3) Durfte die Verwendung dritter Personen bei Er-

---

[30] Seuffert, Pandekten §. 101. Holzschuher, a. a. O. III. 289 Note. Wächter, württ. Priv.R. §. 112, S. 790. Mommsen, a. a. O. 241.

[31] Vangerow, I. §. 105. Seuffert, §. 99 Note 5. Weber, Beweislast S. 172 ff.

[32] Hasse, a. a. O., §. 26, 49 und Kap. XII. Pkt. III. Seuffert, §. 97, Note 10.

[33] l. 4 C. loc. (4, 65), §. 3, J. emt. (3,23). Goldschmidt, S. 106. Mühlenbruch, II. 365. Vangerow, §. 105.

füllung der Obligation stattfinden, so haftet man regelmäßig nur für Sorgfalt bei der Auswahl. [34]

Dieses System ist so konsequent durchgeführt und in der Natur der Sache begründet, daß man Ausnahmen nur, wo ganz unzweifelhafte Gesetze sie machen, annehmen kann. Es ist also nicht wohl einzusehen, wie man je sagen mag: der Verpflichtete haftet für Zufall prinzipiell, ausnahmsweise darf er aber nachweisen, daß er von einer höheren Gewalt überwältigt worden ist. Es hieße dieß ja im Grunde nichts anderes, als er hat alle ihm mögliche Sorgfalt anzuwenden, und wird nur frei durch den Nachweis, daß trotz der Anwendung derselben der Schaden geschehen ist. Denn wie die angeführten Motive des preußischen Entwurfs schon bemerken, der Ausdruck „höhere Gewalt“ ist nicht unzweideutig, ja bei genauer Betrachtung Eins und dasselbe wie Zufall. [35] Ein prinzipieller Unterschied wenigstens läßt sich nicht darauf gründen, und wir müssen, so lange nicht nachweisbare Gesetze in der Weise, wie Bluntschli [36] für's Handelsrecht vorschlägt [37] ein Anderes bestimmen [38], einfach bei der Rechtsregel

[34] l. 20 comm. (13, 6), l. 21 §. ult. neg. gest. l. 27 §. 9. D. ad leg. aquil (9, 2). Seuffert, §. 336, Note 4, §. 316, Note 5. Hasse, S. 409.

[35] Auch Müller a. a. O. S. 24 gibt dieß zu, meint aber in dem Titel vom receptum müsse es eine andere Bedeutung haben, da jeder Schiffer im Allgemeinen für den Zufall stehe! Dieß kann er aber nur aus der einzigen Stelle wissen, wo von vis major die Rede ist und muß daher erst erwickeln, was diese Stelle denn eigentlich sagt.

[36] Deutsches Privatrecht, 2. Auflage, §. 115, Z. 2.

[37] Bluntschli sagt: Die Unterscheidung innerhalb des Zufalls hat ein praktisches Interesse. In den Fällen des gewöhnlichen Zufalls ist es wenigstens sehr schwer, zu einem sichern Urtheil zu gelangen, ob durch Sorgfalt der Schaden hätte abgewendet werden können oder nicht; in den Fällen der höheren Gewalt dagegen (Naturereignisse, Feindesgewalt ɪc.) ist es klar, daß der Einzelne ihr nicht widerstehen kann. Vergl. auch S. 358. 2.

[38] Das englische Recht (common law) thut es: Der carrier wird nur frei von Verantwortung durch acts of God and the kings public enemies.

bleiben, und von Casuistik uns ferne halten.[39]

Was man allein zugeben kann, ist die Bemerkung von Mommsen[40], daß bei solchen Ereignissen, die regelmäßig nicht zugerechnet werden können, also Naturereignissen, Raub und feindlichem Ueberfall, ein besonderer Beweis der Schuldlosigkeit nicht geführt zu werden braucht. Dieß ist aber lediglich eine Beweisfrage und führt zu keiner grundsätzlichen Unterscheidung innerhalb des Zufalles.

Es fragt sich nun, ob etwa die römische Lehre vom receptum Etwas von diesen Sätzen Abweichendes hat. Sogar Mommsen nimmt dieß an, was nach den angeführten Stellen auffallen muß[41], und auch Goldschmidt[42] ist Etwas von „prinzipieller Haftung für casus und Unterscheidung zwischen Arten des Zufalls" entschlüpft, was mit seinen übrigen Ausführungen in derselben Abhandlung[43], namentlich auch seinem Gutachten zum Nürnberger Entwurf[44] schwer zu reimen ist.[45] Goldschmidt führt nämlich aus, daß die Römer mit den Ausdrücken vis major und damnum fatale eine Unterscheidung innerhalb des Zufalls entfernt nicht aufstellen wollen. „Damnum fatale" sagt er S. 89, „ist nach der einzigen Legaldefinition in l. 52. §. 3 pro socio ein damnum quod imprudentibus accidit, d. h. welches Nichtwis-

[39] Auch mit der oben (Note 11) angeführten Definition von vis major ist nichts gewonnen, indem bei diesen mit der Ausführung des Vertrags nicht in Verbindung stehenden Unfällen die Schuldfrage doch entscheidend bleibt. Vergl. unten Note 63.

[40] a. a. O. S. 236.

[41] Mommsen, a. a. O. 253, 374, Note 10.

[42] a. a. O. S. 81 u. 83.

[43] §. 9 und Note 48 gegen Mommsen.

[44] Beilageheft zum III. Band seiner Zeitschrift S. 113.

[45] Er sagt dort: Nichthaftung für höhere Gewalt ist nicht mehr und nicht weniger als Nichthaften für Zufall, d. h. Haften nur für Verschulden.

sende, Nichtvorhersehende, trifft. Setzen wir nun auch statt „Nichtwissende" den Ausdruck „Nichtwissen- oder Nichvorhersehenkönnende" [46], so ist damit doch nichts Anderes als mit dem Ausdruck „Zufall" gesagt: ein im vorliegenden Fall dem Schuldner nicht zuzurechnendes, daher in der Regel von außen her eintretendes Ereigniß. Auch in l. 2. §. 1 de P. et C. (18, 6.) wird der Ausdruck als bloser Gegensatz zur culpa gebraucht."

„Ebenso dient der Ausdruck vis major oder magna bekanntlich schlechthin zur Bezeichnung unverschuldeter Ereignisse, mögen diese durch Naturgewalt [47], oder durch Menschen veranlaßt seyn, ganz gleichbedeutend und abwechselnd mit damnum fatale, casus, casus fortuitus oder major, cui resisti non potest u. s. f., als bloser Gegensatz zur culpa z. B. l. 1. §. 4. de O. et A. (44, 7.) l. 2. §. 1. de P. et C. (18, 6.) l. 7 pr. de edendo (2, 13.) l. 13. §. 7. l. 30. de pign. act. (13, 7.) l. 28. C. loc. (4, 65.) Ein sehr vollständiger Katalog von quodcunque damnum, si modo culpa carent in l. 30. pr. ad leg. Falcid. (35, 2). Vgl. auch l. 23 D. de R. J. (50, 17.) und l. 18. pr. commod. (13, 6.)"

„Gehört doch auch zu den Legalbeispielen der vis major neben ruina, naufragium und andern Ereignissen, welche regelmäßig unverschuldet seyn mögen, das incendium, von welchem an sich klar ist, und wiederholt hervorgehoben wird, daß es sehr häufig, wenn nicht in der Regel, verschuldet sey. Und auf der anderen Seite ist der Ausdruck selbst für Ereignisse, welche regelmäßig oder gar unzweifelhaft jeder menschlichen Voraussicht und Kraft spotten, so wenig technisch, daß für dieselben ebenso häufig der Aus-

---

[46] Vergl. auch Holzschuher, a. a. O. III. 854, Note.

[47] „Note 56a. So insbesondere gleichbedeutend mit vis divina, Θεοῦ βία l. 25, §. 6, locati (19, 2), l. 24, §. 4, d. damno inf. (39, 2), vis naturalis l. 59, locati (19, 2), impedimentum naturale l. 137, §. 4, de V. O. (45, 1).

druck casus fortuitus vorkömmt, l. 24. §. 3. de damno infecto (39, 2.) l. 6. §. 9. de edendo (2, 3.) l, 22. de neg. gest. (3, 5.) In l. 18. pr. commodati. (13, 6.) findet sich der Ausdruck casus quibus resisti non potest für dieselben Fälle, welche in §. 2. J. quib. modis re. (3, 14.), der daraus entlehnt ist, mit major vis und major casus bezeichnet werden."

Die vis major, magna, das damnum fatale werden in diesen Stellen als Fälle der Entbindung von der Leistung hingestellt, ohne daß es Jemand eingefallen wäre, für die Rechtsverhältnisse, von denen die Rede ist, Etwas Besonderes daraus abzuleiten. Vielmehr hat die Theorie beim Kaufe, beim Commodat, bei der Miethe, wo jene Ausdrücke vorkommen, sich nicht in Feststellung der Haftungsgrundsätze irre machen lassen[48], sondern eben Beispiele der Nichthaftung darin gesehen, gewählt, weil sie einen Fall der erfüllten diligentia besonders scharf an's Licht stellten. Liegt es ja doch in der Natur der Sache, und dem gemeinen Sprachgebrauch, daß der Verpflichtete, wenn es ihm nicht gelungen ist, die anvertraute Sache vor Schaden zu bewahren, auf Ueberwältigung durch Etwas Stärkeres sich beruft.

Damit ist der Beweis geführt, daß mit dem blosen Gebrauche der Ausdrücke vis major und damnum fatale in l. 3 §. 1 nautae (4, 7) noch nichts gesagt ist. Die utilitas edicti besteht nicht in der Unterscheidung zwischen Zufallsarten und es wird sich zeigen, daß die berühmte l. 3 §. 1 cit. nichts enthält, was die übrigen Stellen nicht schon mit sich brächten.

Dieselben lauten:

l. 1. pr. h. t. (14, 9).

---

[48] So viel mir bekannt ist, steht Glück, XVII, S. 439, mit der Ansicht, daß bei loc. cond. operis Naturbegebenheiten anders denn andere Zufälle behandelt werden, ganz allein, denn Unterholzner, II, 349, spricht wenigstens allgemein von unabwendbaren Ereignissen. Vergl. auch Mommsen, a. a. O. 374, N. 10.

Nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.

l. 1. §. 8. l. 2. l. 3. pr.

Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare, sed et vectorum, sicut et caupo viatorum, et ita de facto vectorum etiam Pomponius scribit. Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.

l. 5 pr. §. 1.

Nauta et caupo et stabularius mercedem recipiunt non pro custodia, sed nauta ut trajiciat vectores . . . et tamen custodiae nomine tenentur; nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

Quaecunque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi; non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere videatur.

In diesen Stellen ist die Grundlage der ganzen Lehre gegeben, so daß ganz mit Recht die l. 1. §. 1. ht. von maxima utilitas edicti spricht.

Es hatte sich das Bedürfniß gezeigt, für die verschiedenen civilrechtlichen Verträge, welche dem Verkehr mit nautae, caupones, stabularii zu Grunde lagen, Eine Form zu finden. Der praetor gab nun eine actio in factum, welche ohne Rücksicht auf das etwa sonst vorhandene Verhältniß, depositum, mandatum, locatio conductio einfach die Restitution forderte.

Bei der Auslegung dieser Ediktsbestimmung knüpften die Juristen an zweierlei an: Einmal an das „quodsi salvum fore receperint“, dann aber an den übeln Ruf, welchen hoc genus hominum, dem man sich dazu meistens anvertrauen müsse, bei den Römern genoß. Es ist gewiß eine richtige Bemerkung Goldschmidt's, daß die erstgenannten Worte ihre gute Bedeutung haben. Ur-

sprünglich eine wirklich gebrauchte Formel im Sinne der Uebernahme besonderer custodia, wurde sie vom Edikt und den Kommentatoren vorausgesetzt, um dann der blosen Thatsache der Rezeption dieselbe Wirkung zu verleihen.[49] Wir mögen unser „garantiren", garant de l'arrivée, damit vergleichen. Die Wirkung dieser ursprünglich ausdrücklichen, später an's recipere geknüpften Garantie-Uebernahme war nicht Uebernahme von casus, sondern einer verstärkten custodia. Daran schloß sich, wie gesagt, weiter die Absicht, gegen diese Menschen, von denen sonst zu erwarten stünde, daß sie mit Diebsgesindel sich gegen die Reisenden und Gäste verschwören, Vorkehrung zu treffen. Man mußte also neben der Auflage eines strikten Entschuldigungsbeweises im Falle von Verlust und Beschädigung verordnen, daß die facta nautarum, vectorum et viatorum den Schiffer, den Wirth verbinden, ohne daß dabei Etwas anderes als die Thatsache einer von diesen ausgegangenen schuldhaften Beschädigung zur Sprache käme.[50] So finden wir in den oben angeführten Stellen

1) die Pflicht zur custodia und zur Tragung des periculum, worunter aber nicht periculum casus, sondern offenbar[51] nur periculum custodiae zu verstehen ist;

2) unbedingte Haftbarkeit für Handlungen von Dienstleuten und Passagieren.

Die erstere Pflicht aber ist ihrem Umfange nach, „unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres In-

---

[49] Goldschmidt, a. a. O. §. 7, S. 97 ff. Sarwey, M.-S. 19, S. 206 ff.

[50] Dagegen versteht sich, daß bei diesen Personen Schuld vorhanden seyn muß. Ist ein von denselben ausgegangener Schaden denselben nicht zuzurechnen, ist einer z. B. wahnsinnig geworden, so kommen andere Grundsätze in Betracht. Anderer Ansicht ist Ubbelohde im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, Bd. VII, S. 246.

[51] Vgl. l. 1, §. 4, d. furti advers. naut. (47, 5.) Müller, a. a. O. S. 25. Mommsen, a. a. O. §. 21. Hasse, a. a. O. S. 420 ff.

„stituts und der bezweckten strengen Haftung von dem „Richter im Einzelnen nach vernünftigem Ermessen zu „bestimmen.“ [52]

Mit Ausnahme des zweiten Satzes stimmt nun, das wird man zugeben, das Edikt mit den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen überein; es ist keine Rede von prinzipieller Haftung für casus, soweit nicht Punkt 2 die Schuldfrage unbedingt ausschließt, oder eigentlich durch eine Präsumtion beseitigt. [53]

Man sieht auch keinen Grund dafür ein, von dem gewöhnlichen Wege ab- und, wie selbst Goldschmidt meint, von unbedingter Haftung für casus auszugehen, andererseits aber durch die Hinterthüre einer exceptio die ganze Schuldfrage wieder einzuführen. [54]

Und doch soll dieses durch die l. 3 §. 1. cit., der gemeinen Meinung nach wenigstens für gewisse Fälle des casus, „vis major“ oder „damnum fatale“ genannt, geschehen seyn.

„Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles, nisi forte ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc edicto omnimodo, qui recipit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non

---

[52] Goldschmidt, S. 115.

[53] l. 7, §. 4, ht. die zunächst die Strafklagen meint, ist gewiß auch hieher anwendbar, wenn sie sagt: hac actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae, qui tales adhibuit . . . nam explorare eum oportet, cujus fidei sint.

[54] Pagenstecher's Pandekten-Praktikum S. 464, welches mir bei der Korrektur dieses Bogens zu Hand kam, ist ganz meiner Ansicht und faßt Goldschmidt's Ausführung in diesem Sinne auf.

esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit."

Ulpian will also hier auseinandersetzen, warum die honoraria actio gegeben sey und in was sie sich von den civilen Klagen unterscheide. Nach diesem Zwecke darf man zum Voraus weder neue Rechtsregeln noch eine vollständige Wiederholung der gegebenen, sondern nur eine recht schlagende Beleuchtung der utilitas edicti erwarten.

Es wird also gesagt, während bei depositum nur dolus, bei locatio conductio culpa prästirt wird, muß hier mehr gewährt werden. Ist nun dieses Mehr omnis casus? Gewiß kann dieser Gegensatz nicht darin gefunden werden. Die Worte zwingen dazu nicht, bei depositum ist schon die Verpflichtung zu culpa levis ein Vortheil, und der weitere Zusammenhang zeigt auch, daß man vorerst nichts darin finden darf, als den Ausspruch, daß das Edikt eben mehr gewähre als das Civilrecht. In was dieser Vorzug bestehe, wird sogleich gesagt: omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.

Die gewöhnliche Lehre findet darin den Satz, der Rezipient sey immer ohne culpa solange verpflichtet, bis er vis major beweise und darunter seyen dann Fälle, wie die von Labeo angeführten Beispiele, naufragium und vis piratarum verstanden. Hier ist aber zunächst zu bemerken, daß diese Ausleger folgerichtig zugeben müßten, der Beweis der vis major stehe auch bei facta nautarum offen, denn wenn man den ganzen Inhalt der Lehre hier zusammengedrängt finden will, so muß man auch das nisi si quid als a l l g e m e i n e für alle Fälle der Haftung giltige Einrede auffassen; es müßte also der Rezipient entschuldigt seyn, wenn die Passagiere, die ohne seine Schuld sich eingeschlichen, sich als Piraten erweisen, die Waaren rauben oder ihn überwältigend das Schiff zu Grunde richten. Diese Konsequenz finde ich nirgends gezogen. Dann aber ist ersichtlich, daß Labeo den Zweck gar nicht haben

konnte, durch jene Beispiele eine Grenze innerhalb des casus zu ziehen; denn dieselben Beispiele erscheinen ja sonst in den Quellen in demselben Zusammenhang und sind an sich keineswegs solche, die alle Nachfrage nach der Abwendbarkeit, also die Schuldfrage ausschließen. Wir sind also nicht, wie Müller [55] meint, berechtigt, darin einen vom gewöhnlichen Sprachgebrauch abweichenden Sinn zu finden. Zunächst bedeutet damnum fatale und vis major auch hier eben wiederum nur casus.

Führen aber nicht die vorhergehenden Worte „etiamsi sine culpa" auf einen anderen Sinn? Es scheint doch damit gesagt zu seyn, der Rezipient hafte auch ohne Schuld, aus Billigkeitsrücksichten aber werde der Beweis frei gelassen, daß vis major vorliege?

Wenn man in's Auge faßt, daß, wie oben gesagt, der Zweck der Stelle keineswegs auf vollständige Aufstellung der Haftungsgrundsätze geht, so ist es gewiß erlaubt, das „sine culpa ejus" auf die Fälle zu beziehen, wo culpa des Rezipienten wirklich nicht in Betracht kommt, nämlich auf die facta nautarum et vectorum, deren Verantwortung nun die utilitas edicti vornehmlich ausmacht.

Ist diese Auslegung zulässig, so wird man sie im Zweifel wählen müssen, da sie die Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen mildert und auf die unbedingte Haftung für nautae u. s. w. beschränkt. [56]

Die Stelle sagt dann nichts anderes, als was schon aus den übrigen bekannt ist. Was sie beifügt, ist der Satz, daß die custodia, das periculum, von dem die l. 1.

---

[55] a. a. O. S. 24.

[56] Was die nautae betrifft, so würde bei locatio conductio operis der Schiffsherr ohnehin haften (§. 4), und ich finde in der Art, wie dieselben erwähnt werden, eine Bestätigung für diese Annahme. Der Ausdruck „non solum" in l. 1, §. 8, spricht dafür, daß eigentlich nur die Ausdehnung auf vecti et viatores eine durchaus anomale ist.

§. 8. l. 3. pr. ht. sprechen, kein Haften für casus sey, sondern dem Rezipienten frei stehe, den Beweis der Nichtverschuldung zu führen.

Dabei muß dann allerdings aus dem ganzen Geist des Titels, sowie aus den gewählten Beispielen der Befreiung, gefolgert werden, daß das Edikt von dem Schiffer alle nur billiger Weise denkbare Sorgfalt fordere und das arbitrium judicis einen besonders strengen Maßstab anlegen müsse.

Es ist nun noch die Frage übrig, ob mit den Worten der l. 5. §. 1 eadem et de damno debent intelligi Etwas vom gewöhnlichen Rechte Abweichendes gesagt ist, wie Goldschmidt[57] meint. Ich kann mich nicht davon überzeugen.

Abgesehen davon, daß die hier genannten damna nicht gerade nur damna injuria data sind, sondern überhaupt jeder Schaden, der nicht furtum ist, und daß dieser Satz wohl ausgesprochen zu werden verdiente, so muß ich die oben angedeutete Meinung festhalten, daß damna injuria data gleichwie furta zu vermeiden, Sache der custodia ist, und zwischen beiden ein grundsätzlicher Unterschied so wenig Statt findet, wie zwischen casus und vis major.

Daß die custodia die Pflicht in sich schließt, die anvertraute Sache vor Schaden zu bewahren, wie vor Entwendung zu schützen, bestreitet Goldschmidt selbst nicht, wie es auch nicht zu bestreiten ist.[58]

Die l. 41. locati, auf welche man die verschiedene Behandlung von furtum und damnum stützen will, daß nämlich bei ersterem die Schuldlosigkeit besonders zu erweisen sey, während beim letzteren der Gläubiger den Schuldbeweis zu führen habe[59], sagt aber nichts anderes als,

---

[57] S. 94. Später, S. 369, hebt er diese Abweichung nicht mehr hervor.

[58] l. 12, 13. D. peric. et commod. (18, 6) l. 5, §. 22. D. ut in poss. legat. (36, 4.)

[59] Vangerow, §. 105. Münter, Frachtfahrerrecht I, 137. 193. Hasse, cap. X.

wenn der custodiens den Schaden hätte abwenden können, so müsse er ihn tragen; dieß werde allerdings nur interdum eintreten, aber es sey deßwegen der von Julianus l. 19. D. commod (13, 6) aufgestellte Satz: damnum injuria ab alio datum ad eos, qui servandum aliquid conducunt, non pertinere, doch nicht anzuerkennen.

Der Grund, warum Julian diesen Satz aufstellte, liegt in der Frage: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum injuria ab alio dari possit? Dem Juristen war das „interdum" nicht gegenwärtig. So wenig aber nach heute feststehender Ansicht wegen der Stellen, welche für Diebstahl unbedingte Haftung aussprechen, der Beweis der Nichtschuld hätte ausgeschlossen werden können, auch wenn die ihn sichernden Stellen nicht im Corpus juris gestanden hätten [60], so wenig wäre Julian's Ansicht als richtig anzuerkennen und so gewiß muß auch hier nach sonst bekannten Grundsätzen entschieden werden. Dann aber kann das „interdum" Ulpian's nicht bedeuten, daß bei damna dem Gläubiger nach rechtlichen Grundsätzen der Beweis obliege, der Schaden habe vermieden werden können, sondern es muß bei der allgemeinen Regel bleiben, daß der Verpflichtete nachzuweisen hat, die Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung sey nicht durch seine Schuld herbeigeführt. Der Unterschied zwischen furta und damna wird so zum rein Thatsächlichen, die „Präsumtion" ist keine rechtliche, sondern der Ausdruck dafür, daß beim damnum injuria datum der Beweis der Schuldlosigkeit gewöhnlich schon im Beweis des Hergangs liegen wird. [61] Ob dieß der Fall, das ist Sache der richterlichen Beurtheilung. Die Befreiung tritt dann ipso jure ein, es würde denn dem Gläubiger gelingen, einen besonderen Grund zu be-

---

[60] l. 52, §. 3, pro soc. 17, 2, l. 12, pr. l. 14, §. 12, de factis (47, 2), l. 14, §. 12, l. 90 de furtis, l. 5, 8. C. pagi act. (4, 24), l. 35, §. 4, d. contr. emt. (18, 1).

[61] Seuffert, Pand., §. 285, N. 234.

weisen, der den Schuldner dennoch haftbar mache; dieß ist aber das Gleiche bei furta wie damna.[62] Wenn ein Unterschied stattfindet, so ist er, ich wiederhole es, kein rechtlicher, sondern ein in der Natur der Sache liegender, welche es mit sich bringt, daß bei damna, wie bei den Fällen der sogenannten vis major, gewöhnlich schon im Beweise der den Schaden zufügenden Ursache der Entschuldigungsbeweis vorliegt.[63] Die l. 5. §. 1. ht. konnte daher auch keine Aenderung in dieses Verhältniß bringen wollen, und die custodia ist in Beziehung auf furta wie damna jeder Art allerdings die gleiche gesteigerte, aber ganz im Sinne des gewöhnlichen Rechts zu verstehen.

Die Verbindlichkeiten, wie sie bis jetzt geschildert sind, beziehen sich auf Sachen, die mit Wissen des nauta rezipirt sind, auch wenn sie noch in litore sind, sowie auch solche, quae mercibus accedunt, namentlich vestimenta, penus quotidianum. Für Personen und für Verzögerungen in der Ablieferung der Sachen gelten die civilen Grundsätze.[64]

Die Strafklagen dagegen, welche eintreten, wenn Delikte des Schiffers und seiner Leute (bei Wirthen auch der ständigen Miethsleute) vorliegen, schützen Personen und Alles, was mit oder ohne Wissen des Schiffers im Schiffe sich befindet.

---

[62] Wächter II, 802. Mommsen, a. a. O., S. 304. Goldschmidt selbst Not. 102.

[63] In dem mehrfach (Note 11 und 39) angeführten Falle bei Goldschmidt, Zeitschrift I, 573, war es also ganz richtig, den Beklagten auf den bloßen Beweis der Thatsache hin zu entbinden, daß ein fremder Waarenballen herabgefallen sey und den Schaden gestiftet habe. Dem Kläger wäre es überlassen gewesen, den Beweis zu führen, daß der Beklagte ausnahmsweise dieß hätte voraussehen sollen. Es ist aber der gleiche Fall, wie wenn ich beweise, daß ich die anvertraute Geldsumme am sicheren Ort verwahrt habe, und ich muß darauf schon frei werden, wenn der Gegner nicht beweist, daß ich z. B. gewußt habe, der Dieb habe sich am selben Tage heimlich den Kassenschlüssel verschafft gehabt, um zu stehlen.

[64] Goldschmidt, a. a. O., S. 63, 66, 67, N. 87. Irrthümlich zieht Koch II, S. 22, auch Haftung für Personenbeschädigung und Verspätung herein.

Der Schadensersatz kann im vollen Umfange gefordert und weil eine actio arbitraria vorliegt, mit juramentum in litem bewiesen werden. [65]

Daß diese Ansicht vom receptum nicht schon früher zur Erkenntniß kam, ist um so mehr zu verwundern, als der richtige Begriff von vis major keineswegs selten ist und die Anwendung auf's receptum oft ganz im Einklang mit vorstehender Ausführung gemacht wurde. In dieser Beziehung sind zu erwähnen: Wächter [66], Unterholzner [67], Thibaut [68] und Mühlenbruch [69]; auch hat schon Lauterbach [70] vis major als gleichbedeutend mit casus behandelt und die Haftung ex recepto mit seinem höchsten Grade der culpa gleichgestellt. [71]

Das württembergische Landrecht Thl. II. Tit. 3. §. 15, welches auf demselben Standpunkte steht, hat nach Haug's Relation dem Wirth höchsten Fleiß aufgelegt, so daß nur „unführgesehene, zugestandene Unglücksfäll excusiren, welches hart genug ist und uff begebende fäll das arbitrium judicis viel thun muß" [72], was also interessanter Weise mit der hier ausgeführten Ansicht zusammentrifft.

Mit Recht sagt daher Weishaar [73], der Wirth habe jeden Schaden zu ersetzen, der nicht bloßer Zufall

---

[65] Goldschmidt, a. a. O. 117, dagegen Müller, a. a. O. §. 11.

[66] Württ. Priv.-R. II, 790, N. 13, 14. Mit Unrecht sagt Goldschmidt, N. 51, daß Wächter den gewöhnlichen Begriff habe. Er will nur den Zufall positiv definiren, stellt daher casus und vis major gleich.

[67] II, 735, b.

[68] Pand., §. 571.

[69] Pand. II., §. 452.

[70] D. 146, §. 4, th. 9, 10.

[71] Lauterbach, D. 105, th. 33, 38, D. 146, §. 4, th. 6.

[72] Amtl. Ausgabe von Faber und Schloßberger, S. 137, 138.

[73] Württ. Priv.-R., §. 1139.

sey; als solcher seyen aber die Handlungen der vom Wirth aufgenommenen Personen nicht anzusehen [74].

Die in §. 2 angeführten Stellen des französischen Rechts, die nach Thibaut [75] römisches Recht wiederholen, sind auf gleiche Weise aufzufassen, d. h. weit entfernt, mit „force majeure“ eine bestimmte Art von casus zu meinen. Dieser Ausdruck ist vielmehr nach der Ansicht der bedeutendsten Schriftsteller gleichbedeutend mit cas fortuit und es wird davon gesagt, daß der Richter, dessen Gewissen die Entscheidung überlassen sey, aufmerksam prüfen solle, ob der Verpflichtete in getreuer Erfüllung seiner Verbindlichkeit den Schaden nicht hätte abwenden, das Ereigniß vorhersehen oder es vermeiden können. Den Beweis seiner Schuldlosigkeit habe er selbst zu führen [76]. Daneben stellt dann Art. 1953 die Haftung für Dienstleute und Reisende gerade wie das römische Recht.

Nicht ganz klar ist über die Frage der württembergische Entwurf. Sein Wortlaut erinnert an die gewöhnliche Ansicht. Die Motive S. 116, 117 sprechen nach einer Bemerkung, warum man „höhere Gewalt“ statt „unvermeidlicher“ Zufall gesagt habe, ganz einfach aus, der Fuhrmann sey zum höchsten Fleiße, den man von einem Manne seiner Art verlangen könne, verpflichtet.

Dagegen schließt sich der deutsche Entwurf von 1859, wie aus den Motiven zu ersehen, in mustergiltiger Ausführung an die richtige Schuldlehre an [77], während der preußische Entwurf mit demselben Ausdruck „Sorgfalt

---

[74] Griesinger I, §. 56, wiederholt die gewöhnliche Ansicht. Auch Reyscher, der es in seinem Privatrecht, §. 460, unbestimmt läßt, hat sie, wie man aus seiner Abhandlung über das Telegraphenrecht in der Zeitschr. f. deutsches R., Bd. 19, S. 300, sieht.

[75] Lehrbuch des franz. Civilrechts, S. 215.

[76] Pardessus droit commercial I. S. 458, 365, 459, II. 451, 449, 422 ff. Bessel u. Kühlwetter, preuß. Eisenbahnrecht, II. 210.

[77] Vergl. Seite 216 mit Seite 200, 201, 208, 209.

eines ordentlichen Frachtfahrers" einen andern Sinn, nämlich die gewöhnliche Lehre vom receptum verbindet [78]. Es war also insofern eine richtige, Mißverständnisse ausschließende Abänderung, wenn man in Nürnberg den Ausdruck „ordentlicher Frachtfahrer" mit dem einmal hergebrachten „höhere Gewalt" vertauschte.

Nach dem Gesagten ist aber klar, daß auch mit der Heranziehung dieser Terminologie nichts gewonnen ist, wenn man sich nicht zugleich entschließt, in der von Bluntschli vorgeschlagenen Weise durchzugreifen.

§. 4.

Der Frachtvertrag im Verhältniß zum receptum und den Reglements.

Der Frachtvertrag d. h. der Vertrag, wodurch Jemand einen Transportgegenstand (Sache oder Person) übernimmt, mit dem Versprechen, ihn nach einem bestimmten Orte, meist auch in bestimmter Zeit überzuführen, fällt unter die Regeln von der locatio conductio operis [79]. Ist der Frachtfahrer ein nauta, so treten die Bestimmungen des Edikts hinzu, der Landfrachtvertrag aber fällt nicht unter dieses anomale Recht, welches der Ausdehnung durch Analogie unfähig ist. (Note 23.)

Der Frachtfahrer hat omnis culpa zu prästiren und bei eingetretenem Verlust oder Schaden, sowie bei Verspätung die Anwendung der schuldigen diligentia zu beweisen [80], widrigenfalls er das ganze Interesse tragen muß.

---

[78] Preuß. Motive S. 171.

[79] Es versteht sich jedoch, daß, um eine Sache oder eine Person nach einem Orte zu befördern, auch das Mandat, die loc. cond. rerum u. operarum dienen. l. 61, §. 1. loc. cond. (19, 2). Heise und Cropp, Abh. II. 634, 657.

[80] Heutzutage wenigstens ist kein Streit mehr darüber. Vergl. Citate bei Goldschmidt a. a. O. Note 47. Der Gläubiger beweist einen Schaden, der Schuldner die Erfüllung seiner Obliegenheit, gegen Schaden zu schützen. Die Beweismittel sind dieselben, wie beim receptum, nur daß bei nicht geschehener Restitution dolus oder

Streit ist nur darüber, ob der Frachtführer für die von ihm verwendeten Personen [81] auch abgesehen von diligentia in eligendo haftet? oder nur für Anwendung der letzteren und Aufsicht auf sein Personal [82]; wie dieß oben (N. 34) als Regel angegeben ist?

Daß heutzutage die Praxis entschieden für ersteres ist, wird jedoch allgemein anerkannt. [83] Im gemeinen Leben weiß man ohnehin nicht anders; es könnten auch sonst bei unseren großen Transportanstalten und sonstigen Unternehmern, namentlich vermöge des Grundsatzes der l. 10. §. 1. D. commod. ganz eigenthümliche Konsequenzen entstehen, indem der Fall eines Einverständnisses mit der Verwendung längst angestellter Leute meistens vorliegen würde. Ich glaube aber, daß nicht nur der Verkehr es so fordert, sondern daß es auch schon in den Quellen begründet ist. Die Haftung für die bei Ausführung des opus Beschäftigten kann nämlich nicht anders, denn als im Vertrag begriffen, betrachtet werden, wie dieß auch von Goldschmidt a. a. O. S. 71. 72. als Aus-

culpa lata die Voraussetzung für Zulassung zum Schätzungseide bildet, Koch, a. a. O., S. 135, Note 12. Vangerow, I. Note 171.

[81] Diejenigen, welche nur die Verträge schließen, die Beamten der Verkehrsanstalt, sind hier nicht gemeint. Dieselben sind institores oder, wenn man will, nuntii. Der letztere Ausdruck ist besonders passend, da sie nur nach arithmetischen Regeln ihre Instruktion anwenden, und Jedermann dieses Verhältniß kennt. Koch, a. a. O., §. 20. Savigny, Oblig.-Recht II. §. 57. Kompe, a. a. S. 320. Thöl, Handelsrecht, §. 33. Holzschuher, III. 597.

[82] Für die Haftung Münter, Frachtfahrerrecht, S. 49, Sintenis, Civilrecht II. 677, N. 153. Seuffert, Pand. §. 333, 336. Müller, a. a. O. S. 69. Kompe, a. a. O. S. 328. Reyscher, Zeitschr. f. deutsches Recht 19, 300. Beschorner, das deutsche Eisenbahnrecht, S. 236, Koch, a. a. O. S. 22, N. 7 u. S. 135, N. 11. Ubbelohde, im Archiv f. prakt. Rechtswiss. VII. 229 ff. Für die bloße culpa in eligendo Harpprecht, a. a. O. Cap. III. §. 5. Hasse, S. 409 ff. Unterholzner, II. 349. c. Goldschmidt, a. a. O. S. 93, 94, N. 62 und im Archiv f. civ. Pr. Bd. 41, S. 409.

[83] Goldschmidt, a. a. O. S. 362. Vergl. jedoch Seuffert, Archiv XIII. 140.

fluß des auf eine Wirkung gerichteten Versprechens zugegeben wird. Von Stellen des römischen Rechts ist entscheidend [84] die bekannte l. 25 §. 7 D. loc. cond. (19, 2) Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius, eorumque (-ve ?), quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.

Dieser Stelle geschieht gewiß Zwang, wenn man sie nur auf culpa in eligendo deutet. Vielmehr müssen alle beim Werk beschäftigten Personen Alles beobachtet haben, was diligentissimus quisque beobachtet haben würde. Nur ist, im Anschluß an die Worte „dum tollitur", zu bemerken, daß der Geschäftsherr für Fehler, die nicht während des opus vorkommen, nicht haftet, daß vielmehr dum non tollitur, nach der Arbeit, namentlich nach vollendetem opus, auch die Arbeiter daran ganz wie extranei behandelt werden und die Haftung keine andere ist, als entweder die gewöhnliche custodia oder die culpa in eligendo mit sich bringt. Diese Haftung für Dritte erscheint also weniger als eine Abweichung von gewöhnlichen Regeln, denn als Konsequenz aus der Natur des Vertrags.

Wie der Frachtvertrag sich heutzutage entwickelt hat, so läßt sich nun nicht verkennen, daß wir eine Steigerung der diligentia im Sinne einer Garantie, eines salvum fore recipere, vor uns haben [85], dieß jedoch nur nach dem Geiste des Vertrags, nicht nach Analogie des receptum; wenigstens bedürfen wir das Edikt hiezu nicht. Der Entschuldigungsbeweis ist also

---

[84] Die l. 10. §. 1. l. 11. commod., auf welche Koch großen Werth legt, sind, im Zusammenhang mit l. 20 h. t. mit Hasse, S. 410 dahin auszulegen, daß dilig. in eligendo befreie, was für's Commodat ganz richtig ist.

[85] Holzschuher III. 820, 5. Mittermaier II. 699. Pkt. VII. VIII. Sarwey, Mtschrft. X. 450, 457.

streng zu nehmen und die Unterschiede vom receptum gestalten sich, wie folgt:

1) Das receptum ist enger als locatio conductio operis und deutscher Frachtvertrag, indem es [86]

A. Personen nicht schützt, den Fall eines Delikts des nauta und seiner Leute ausgenommen;

B. Verspätungen nicht berücksichtigt.

2) Das receptum geht weiter

A. in der unbedingten Haftung für nautae, vectores und viatores;

B. in der Haftung für Delikte der Passagiere und Dienstleute an allen auch blos thatsächlich im Fahrzeug befindlichen Sachen.

Soll also für Mitreisende (facta vectorum) gehaftet werden, so muß beim Frachtvertrag Verletzung der diligentia vorliegen z. B. bei Aufnahme von Betrunkenen, Wahnsinnigen 2c.

Was die Frachtverträge unserer Verkehrsanstalten betrifft, so ist kein Zweifel, daß sie sich selbst unter die Regeln stellen, welche der Frachtvertrag überhaupt mit sich bringt: sie übernehmen ein opus [87] und erkennen in der Hauptsache alle die soeben entwickelten Sätze für sich an. Auch der am nächsten an die loc. cond. rerum und operarum streifende Fall der Befrachtung ganzer Wa-

---

[86] In Beziehung auf die Haftung Mehrerer ist kein Unterschied, denn l. 7, §. 5 ht. handelt nur von den Strafklagen. Etwas anderes ist es A) wenn Einer der Mitunternehmer für Alle oder Alle durch einen institor handeln, dann ist beidemale Haftung in solidum; B) wenn Alle in Person handelten, so haften sie a) für Ausführung des opus in solidum, wenn und weil dieses untheilbar ist, ein Satz, den Unterholzner II. S. 351, N. 733 n. b. nur zu allgemein ausdrückt, denn b) für die Ersatzfrage, um die es sich beim receptum allein handelt, ist der Grundsatz der Theilung anwendbar. l. 11, §. 1. D. de duob. reis (45,2).

[87] Vergl. das Erkenntniß des Lübecker Oberappellationsgerichts in Voigt und Heinichen's Neuem Archiv für Handelsrecht Bd. I. S. 343. Koch, a. a. O. Kap. I.—III.

gen (oben S. 86. 4, c.) ist doch mit Ausnahme theilweiser Umdrehung der Beweislast in derselben Weise behandelt. Die Haftung für das Dienstpersonal ist in umfassender Weise anerkannt. Für Feuerschaden haften die Eisenbahnen sogar fast unbedingt und die Post für allen Schaden, der nicht Folge von Krieg und Naturereignissen ist.

Weniger haften sie

1) die Post bei gewöhnlichen Briefen;

2) bei nicht aufgegebenem Gepäck [88];

3) vermöge der Bestimmungen §. 1. II. 2. b. u. 3;

4) durch die Umdrehung der Beweislast in manchen Fällen;

5) durch die Beschränkung des Umfangs der Haftung;

6) bei Verspätung.

Das arbitrium judicis bei Beurtheilung des Schuldbeweises gestaltet sich hier besonders schwierig. Wenn einerseits die bedeutenden Mittel dieser Anstalten, die technischen Kräfte, das thatsächliche Monopol und die von den verdrängten Fuhrleuten früher gewährte Sicherheit den Beweis der erfüllten diligentia erschweren, so ist doch andererseits zu berücksichtigen, daß der Anspruch auf schnelle Beförderung enormer Massen, den die Befrachter erheben, mit der unbedingten Sicherheit schwer zu vereinigen ist, und die bona fides Milderungen erfordern kann. Dabei muß man aber zwei Sätze als nicht anwendbar ausscheiden:

1) den Gesichtspunkt der Versicherung, wonach angeblich die Fuhrleute und jetzt die Verkehrsanstalten eine gute Werthstaxe sich bezahlen lassen [89] oder, bei Feuerschaden,

---

[88] Es werden keine eigentlichen Accessionen anerkannt. Die Kleider am Leibe des Reisenden werden mit Koch a. a. O. 237, N. 2 nach den Grundsätzen von der Haftung für Körperbeschädigungen zu behandeln seyn.

[89] Holzschuher III. 825. Weishaar §. 1144. Württ. Motive S. 116, 117, zu denen Goldschmidt a. a. O. S. 371 mit Recht ein Fragezeichen macht.

die eigene Versicherung auf die Transportanten übertragen [90];

2) den Satz, daß das periculum vollständig übergeht, wenn eine res aestimata übergeben ist [91]; denn die Werthdeklaration kann als nur taxationis causa gegeben, keinerlei Einfluß auf Ausdehnung der Haftpflicht haben [92].

Was aber die „Versicherung" betrifft, so ist schon oben bemerkt, daß die Werthfracht keineswegs auf die Fälle der Haftung, sondern nur auf das Maß des Ersatzes sich bezieht, während der Ausdruck „Versicherung" an Ersteres denken läßt. Es kann aber auch kaum davon die Rede seyn, von der gewöhnlichen Fracht des Fuhrmanns oder der Verkehrsanstalten einen Bruchtheil als pro custodia bezahlt anzusehen. Wenn dieß auch hie und da geschehen mag [93], so kann man die strenge Beurtheilung der Fuhrleute und der Verkehrsanstalten doch nicht ohne Weiteres darauf zurückführen. Dazu sind die Frachten auch gewöhnlich zu nieder. Es liegt vielmehr weit näher, an die Konkurrenz, die Gewerbsmäßigkeit des Betriebs, die Massenhaftigkeit des Transports zu denken, wodurch es nothwendig und möglich wird, die Garantie zu geben. Bei der Haftung für Feuer ist die Feuergefährlichkeit der Unternehmung ein hinreichender Grund.

§. 5.

Die Autonomie der Verkehrsanstalten.

Es ist bekannt, daß die Haftungsgrundsätze der Privatwillkühr überlassen sind.

Auch die großen Verkehrsanstalten als Kontrahenten

---

[90] Koch, II. 234, dieß trifft aber nicht immer zu.

[91] Weishaar, §. 1141 u. f. Tafel, Civilrechtsspr. II. 282 Glück, VI. 128. Mühlenbruch, §. 451, N. 22.

[92] Hasse, S. 381, 422 f. Mommsen, a. a. O. 280. Goldschmidt, S. 116.

[93] Harpprecht Frachtfahrrecht Kap. III, §. 4., l. 40 loc. 19, 2.

können diesen Satz in Anspruch nehmen, denn ihre Verträge fallen rein in das privatrechtliche Gebiet[94], und Verträge sind die Frachtbriefe u. dgl., auch wenn ein thatsächliches Monopol vorliegt. Aus dem letzteren Grunde will neuerdings, namentlich in nichtjuristischen Kreisen[95], die Auffassung der Eisenbahnordnungen als lex contractus beanstandet werden. Da aber bei den Eisenbahnen[96] das Monopol nur ein faktisches ist und von einer Aufnahmepflicht derselben nicht gesprochen werden kann, so liegt eben um so gewisser nur dasselbe Verhältniß vor, wie jedes Mal bei viel Anfrage und wenig oder keiner Konkurrenz im Angebot, d. h. der Anfragende hat die Wahl, ob er den ihm gemachten Bedingungen sich unterwerfen oder den Transport unterlassen will. Ein Vertrag im vollen Sinne, mit rechtlicher Willensfreiheit abgeschlossen, liegt aber, wenn nur sonst die Voraussetzungen gegeben sind[97], doch zu Grunde.

---

[94] Keinen Unterschied macht es, wenn der Fiskus Frachtführer ist. Kompe, a. a. O. S. 315. Koch, a. a. O. S. 20, namentlich haftet der Fiskus für seine Angestellten ohne culpa in eligendo. Goldschmidt Zeitschrift I. S. 229. Die Eisenbahnhoheit des Staats ist davon natürlich zu unterscheiden. Von einem Straßen- und Eisenbahnregal aber, wie Reyscher Zeitschr. f. d. R. Bd. 13 S. 281 thut, wird besser nicht gesprochen. Es ist sicher nur ein zufälliger Umstand, wenn der Staat das Eigenthum hat und die Koncessionsertheilung ist nur Ausfluß der Staatshoheit, vergl. Gerber d. Prv. §. 62 Das Postregal aber hat sich positiv entwickelt.

[95] Sogar die in Note 136 erwähnte Schrift S. 12 f. 28 hat eine Ausführung über angeblich mangelnde Willensfreiheit.

[96] Bei Posten ist allerdings das Monopol ein rechtliches mit Bannrecht versehenes, woraus sich aber auch nur die noch größere Nothwendigkeit gesetzlicher Regelung ergibt. In Württemberg ist dieß durch die k. Vrd. v. 2. Juni 1814 u. 9. Sept. 1819 geschehen. Die neueren Vereinsbestimmungen beruhen auf bloßen Ministerialbekanntmachungen, können also, wenn sie lästiger sind (N. 16), nur als lex contractus gelten.

[97] Insbesondere muß Willensfähigkeit gefordert werden. Bei Wahnsinnigen u. s. w. kann von einem Vertrage nicht die Rede seyn. Minderjährige behalten auch den Verkehrsanstalten gegenüber ihre Rechte.

Nur macht das Zustandekommen der erforderlichen Willensübereinstimmung einige Schwierigkeit.

Die Eisenbahnordnungen sind bloße Anerbietungen eines Kontrahenten, auf diese Bedingungen hin Verträge abschließen zu wollen. Daß der Vertrag darauf hin abgeschlossen worden ist, bleibt zu beweisen.

Wenn ein Transport stattgefunden hat, bei dem dieser Beweis nicht vorliegt oder sonst ein Erforderniß der Rechtsgiltigkeit fehlt (N. 97), so hat der Richter die anzuwendenden Rechtsregeln zu finden [98].

Da die Eisenbahnordnungen keine Gesetze sind, so genügt die öffentliche Bekanntmachung nicht. Doch ist, wenn dieselbe geschehen und für Anschlag am Bahnhof, überhaupt gehörige Verbreitung gesorgt ist, bei der allgemein bekannten Thatsache, daß die Eisenbahnen ihre besonderen Vertragsbedingungen machen, die Vermuthung für die Kenntniß und stillschweigende Annahme derselben [99]. Mit gutem Grund wird daher auf dem Frachtbriefe die Hinweisung auf die Bedingungen und meistens deren ganzer Inhalt abgedruckt, wobei der Umstand, daß häufig erst nach Abschluß des Vertrags die Urkunde vollzogen wird, weniger Anstand erregt. Die Voraussetzung der öffentlichen Bekanntmachung ist aber, wie ich hier bemerken muß, bei den neueren württ. Eisenbahnordnungen nicht eingetreten,

---

[98] Koch, II. 123. Daher ist namentlich schwer einzusehen, wie die Erhebung von Straffahrgeld bei mangelndem Billet oder das Strafporto civilistisch vermittelt werden will. P.R., §. 16. Posttransport-O., §. 32.

[99] Bessel u. Kühlwetter, a. a. O., II, 122, 207, 211. Seuffert, Archiv, X, 162. Note, bei Gelegenheit des praedicere der Gastwirthe und anschließend an die l. 9. D. de probat. 22, 3. Koch, a. a. O., §. 22, 24, erklärt es für lata culpa, die veröffentlichten Bestimmungen nicht zu kennen und will deßhalb einen Irrthum nicht wirken lassen. Er übersieht aber, daß, wenn kein Consens vorliegt, auf die Entschuldbarkeit des Irrthums nichts ankommt, Wächter, II. 127, 744, Savigny, III. 363, und daß ein Vertragsinhalt nicht fingirt werden kann, Reyscher Ztschr. f. d. R., Bd. 19, S. 309.

indem das K. Finanzministerium sich mit der Anzeige begnügte, dieselben seyen da und da für Geld zu haben [100].

Sind nun bei einem Transport erweislich die Bedingungen der Verwaltung angenommen worden, so fragt sich, inwieweit sie materiell vor dem Gesetze bestehen?

Es werden, um mißliebige Theile dieser Bedingungen zu beseitigen, die Rechtssätze von leges cogentes, von Rücksichten auf salus publica, boni mores, publica utilitas, bona fides angerufen [101] und viele Schriftsteller, auch manche Gerichte haben darauf hin gegen die Eisenbahnen geurtheilt [102].

Die angezogenen Stellen geben aber von selbst an die Hand, daß höhere Rücksichten, als die des Verkehrs, darunter verstanden sind (die Stellung der Frau in der Ehe, Verhütung von Verbrechen, insbesondere die sofort näher zu behandelnde Vorschrift, daß dolus nicht nachgelassen werden dürfe) [103].

Ganz entscheidend ist l. 7 pr. D. nautae (4, 9) [104]. Denn wenn bei den Strafklagen die Verwahrung des Wirthes und Schiffers half und für die actio in factum nichts Gegentheiliges verordnet wurde, während doch die Motive des Edikts hier am ehesten auf ein Ver-

---

[100] Staats-Anzeiger f. Württemb. von 1850, Nr. 232; 1854, Nr. 25; 1856, Nr. 279, 284.

[101] l. 27, §. 4. D. de pactis 2, 4. l. 5, §. 1. l. 6 de pact. dot. 23, 4. l. 6. C. de pactis.

[102] Beschorner, a. a. O. 125 ff. und im Archiv a. a. O. S. 400, Reyscher, a. a. O. Bd. 19, S. 306, Bluntschli, Deutsches Privatrecht, S. 351, Seuffert, Archiv IV. 18. Bessel und Kühlewetter, a. a. O. S. 201, 219 wollen wenigstens für Personenverletzungen Ausnahmen machen. Ueber französische Ansichten: Koch II. §. 11. Ueber englische und amerikanische: Mittermaier, im Archiv Bd. 41, S. 416 f. und hienach Note 140.

[103] Mommsen a. a. O. S. 274, N. 6.

[104] Hierüber ausführlich Goldschmidt a. a. O. S. 333 ff.

bot wegen Rücksichten der publica salus oder utilitas [105] hätten führen können, so ist damit bewiesen, daß die Quellen die Verträge der Frachtfahrer um so weniger beschränken wollen.

Vom Standpunkt des Civilrechts ist also gegen die auf Grund der Reglements abgeschlossenen Verträge nur das Verbot des pactum ne dolus praestetur anzuführen [106], welches die herrschende Meinung wegen der Stellen, die dolus und culpa lata gleich achten, auch auf letztere bezieht [107], andere aber nicht so weit ausdehnen. Während nämlich Wächter [108] den Verzicht auf culpa lata gestattet, wollen Hasse und Sintenis nur culpa in concreto ausnehmen, culpa lata überhaupt aber dem dolus gleich achten.

Wächter [109] geht davon aus, daß die Gleichstellung von dolus und culpa lata überhaupt nicht durchgeführt sey und die das pactum ne dolus praestetur verbietenden Stellen [110] nur von dolus sprechen. Da

---

[105] Auf anderem Wege führt die N. 136 angeführte Gegenschrift die salus publica ein; sie geht S. 33 ff. 43, 54 f. davon aus, daß behufs der salus publica das Eigenthum angetastet worden sey. Die Staatsgewalt, welche die Expropriation gestattet habe, müsse daher auch darauf halten, daß der beabsichtigte Zweck erreicht werde, was die Reglements vereiteln. Mit diesem Satze ist aber nichts gesagt, er beweist zu viel; der einzige Schluß daraus ist nicht Ungiltigkeit der Reglements vor dem Civilrichter, sondern die Nothwendigkeit der Oberaufsicht des Staats.

[106] l. 23. D. d. reg. jur. (50, 27), l. 27. §. 3. De pactis (2, 14), l. 27, pr. D. comm. (13, 6), l. 1. §. 7. D. depos. (16, 3).

[107] l. 29. pr. mand. (17, 1), l. 5. §. 5. D. d. o. et act. (44, 7), l. 1. §. 1. D. si mensor (11, 6), l. 32. D. depos. (16, 3). Thibaut, §. 165. Glück, IV. 318. Puchta, §. 265. Sintenis, II. 326. Koch, a. a. O. §. 7. Hasse, §. 60—63. Mommsen, a. a. O. S. 274, N. 6, und Mora S. 395.

[108] Württ. Privatrecht II. §. 112, N. 19, 20.

[109] a. a. O. §. 112, N. 12.

[110] l. 72. §. 3. D. (35. 1), vergl. mit l. 22. §. 3. D. (36, 1). l. 27. §. 3. l. 7. §. 15 da pactis (2, 14).

nun diese Stellen Fälle behandeln, wo nur für dolus und culpa lata, die in concreto inbegriffen, gehaftet werde, so müssen, wenn sie ausdrücklich nur Verträge über dolus ausschließen, solche, die nur culpa lata und in concreto berühren, gelten. In diesem Sinne versteht er dann auch die l. 27, §. 3, l. 7, §. 15, de pactis (2, 14), wo vom Verzicht auf die Klage überhaupt die Rede ist und gefragt wird, ob dieser, als ein pactum de dolo non praestando in sich schließend, gelten könne.

Ich glaube aber, daß die Stellen, welche von der Unzulässigkeit dieses pactum sprechen, auch die culpa lata in sich begreifen. Es wird nämlich, wo die Haftungsgrundsätze festgestellt werden, ebenfalls nur von Haftung für dolus gesprochen und darunter entschieden culpa lata verstanden [111], und man müßte also annehmen, daß die Quellen hier einen andern, weitern Sprachgebrauch haben, als wo sie verbieten, daß dolus nachgelassen werde. Es müßte namentlich l. 1. §. 7. depos. mit dolus den engen, die unmittelbar folgende l. 1. §. 8. den weiteren Begriff verbinden, was doch nicht denkbar ist. Was aber die l. 27. §. 3. cit. betrifft, so erscheint aus demselben Grunde die Auslegung Wächters unbefriedigend. Man wird sich vielmehr der von Glück angeführten Meinung Donell's [112] anschließen müssen, daß die Wirkung eines solchen Vertrags eine Veränderung der Beweislast, oder mit andern Worten die Beschränkung des Klagerechts auf die Voraussetzungen der lex Aquilia und actio furti sey.

Bezüglich der Frage sodann, ob damit auch der Nachlaß der culpa in concreto d. h. des Beweises, die vorlie-

---

[111] l. 3 §. 1 nautae (4, 9). l. 1 §. 8 depositi (16, 3). l. 5. §. 2. D. comod. (13, 6).

[112] Glück IV. 318. Die Meinung Hasse's §. 60, N. 1, §. 96, N. 2, der den Satz darin findet, daß dieser Vertrag als Schenkung gelte, kann ich nicht theilen. Wozu dieser Ausspruch?

gende culpa levis, welche an sich nicht haftbar machen würde, sey eine solche, die der Verpflichtete in eigenen Dingen zu vermeiden pflege, verboten sey, muß man, glaube ich, unterscheiden.

Die l. 32. depos. gibt als den Grund, warum culpa lata gleich dolus sey, an: derjenige, der fremde Sachen mit weniger Sorgfalt als die eigenen behandle, sey nicht ohne fraus, nicht in bona fide. Sie macht also gerade die culpa in concreto zum Hauptfall der culpa lata, bei dem die Gleichstellung mit dem dolus besonders klar sey. Es fragt sich nun, ob die culpa in concreto nur Einen objektiven Thatbestand hat, nur darin besteht, daß einer nachlässiger war, als in eigenen Dingen oder ob ein subjektives Moment, das Bewußtseyn dieser verschiedenen Behandlung, mit in's Spiel kommt.

Ich glaube dieß nach l. 32. cit. bejahen zu sollen, und unterscheide demnach so: Es ist zwar immer culpa in concreto und verpflichtet den sonst nur für dolus et culpa lata Haftenden, wenn nachgewiesen wird, daß er nicht die gewohnte Sorgfalt beobachtet hat, aber es ist keine fraus, kein Mangel an bona fides, keine Gleichstellung mit dolus vorhanden, es kann also darauf zum Voraus verzichtet werden, wenn dem Handelnden in keiner Weise gegenwärtig war, daß er eine culpa levis sich zu Schulden kommen lasse und sonst sorgfältiger sey.

Dieß angewendet auf den Fall, den Hasse und Sintenis anführen, ist also der viel beschäftigte Mann, dem ein fremdes Geschäft aufgedrungen worden ist und der es mit Vorbehalt übernommen hat, dann frei, wenn er wirklich im Drange eigenen Geschäfts unbewußt Etwas versäumt hat, was er bei eigenen Sachen zu thun pflegte. Er ist aber nicht frei, wenn er im Vertrauen auf den Vertrag wissentlich nachlässiger war, als in eigenen Sachen; denn hier allerdings ist er nicht in bona fide.

Es fragt sich nun aber noch, ob man nicht einen Verzicht auf dolus und culpa lata derjenigen Personen, für

die man abgesehen von eigener Schuld (bei der Auswahl oder Aufsicht) haftet, für giltig zu halten hat? Diese Frage bejaht Koch [113] und auch Reyscher [114] scheint dafür zu seyn. Ich kann mich nicht davon überzeugen.

Nach dem oben Gesagten tritt diese Haftung beim Frachtvertrag nicht wegen einer persönlichen Beziehung zu diesen Personen ein, sondern als nothwendige Folge des Versprechens einer Wirkung. Die Handlungen der Gehilfen verbinden den Geschäftsherrn, weil diese Wirkung dadurch vereitelt wird, und er versprochen hat, sie — sey es selbst oder mit Hilfe anderer — herzustellen. Ein Vertrag, daß dolus und culpa lata der Gehilfen nicht verbinden solle, wäre also gleichbedeutend mit dem, daß diese Wirkung durch dolus und culpa lata Dritter vereitelt werden dürfe. Die Quellen sagen aber ganz allgemein, das pactum ne dolus praestetur sey verboten, sie sprechen nicht blos vom eigenen dolus, sondern, wie Wächter sagt, sie wollen überhaupt nicht künftigen Schlechtigkeiten Vorschub leisten, das Haften für Arglist nicht zum Voraus erlassen. Dieß würde aber geschehen, wenn man in Fällen, wo bei der Haftung nicht zwischen eigener und fremder Schuld unterschieden wird, beim Vertrag über die Nichthaftung trennen und fremden dolus zum Voraus erlauben würde.

Das Ergebniß ist also:

Die Verkehrsordnungen sind giltig, wenn sie lex contractus geworden sind, aber die Haftung für dolus und culpa lata kann nicht ausgeschlossen werden. An der Beweislast wird nichts geändert [115], so lange nicht nachweisbar ist,

---

[113] a. a. O. §. 86, S. 313 f. §. 11. S. 58. 64.

[114] a. a. O. Bd. 19, S. 306.

[115] Koch, S. 69, 315, 431, 422, N. 14 a, schwankt, findet aber zuletzt doch wenigstens die Absicht einer Aenderung der Beweislast. Vergl. Goldschmidt, S. 338, N. 124.

daß die Parthieen es beabsichtigen. Da jedoch die Sachlage einfach die ist, daß eine auf vollständige Nichthaftung gerichtete Verabredung nur theilweise gilt [116], so ist nicht abzusehen, wie die Parthieen eventuell als über die Beweislast sich vertragend angesehen werden sollen; die Verpflichtung zum Beweise der Abwesenheit von dolus und culpa lata bleibt für die Verwaltung daher bestehen [117]. Für den Gegenbeweis, daß culpa in concreto vorliege, wird allerdings hier kaum eine Gelegenheit seyn. Dagegen ist die Erörterung über Fortdauer der Haftung für dolus und culpa lata keineswegs überflüssig.

Bei Auslegung der Reglements ist endlich der allgemeine Grundsatz anzuwenden, daß im Zweifel die den Verkehrsanstalten nachtheilige Deutung Platz zu greifen hat [118].

Im Einzelnen ist Folgendes zu sagen:

1) Ansprüche wegen Beschädigung eines Gepäckstücks oder Frachtguts sind, wenn sie nicht verloren seyn sollen, sofort bei der Uebernahme, und bei äußerlich sichtbaren Merkmalen einer Beschädigung vor Oeffnung [119] der Colli anzumelden und zu konstatiren. Dabei ist an die Bestimmung zu erinnern, daß, wenn äußerlich sichtbare Beschädigungen nicht in unzweifelhaftem Kausalzusammenhang mit dem inneren Schaden stehen, bei Eisenbahngepäck

---

[116] Der Fall ist hier offenbar ein anderer, als bei dem Versprechen ne depositi agat, N. 112; dort wird nur das Vertragsverhältniß aufgehoben und die anderweiten Klagen bleiben übrig: hier soll aber gar keine Haftung eintreten.

[117] Wo die Beweislast sich verändert, wie in dem Falle hienach 1 a., da liegen besondere Gründe vor.

[118] l. 39. D. de pactis 2, 14 in Verbindung damit, daß die Verfasser des Reglements clarius loqui debuissent. Thibaut, Pand. §. 55, Note c. d. Holzschuher I. 410, 411. Koch, a. a. O. S. 145.

[119] P.R. §. 31, c. G.R. §. 14 Nr, 9, d. Posttransportordn. §. 9 f., Abs. 2.

weiterer Beweis abgeschnitten, bei Poststücken und Gütern aber vorbehalten ist.

Bekanntlich ist nun bei dem Frachtvertrage überhaupt die Wirkung der unbeanstandeten Uebernahme die, daß dem Empfänger die Beweislast obliegt, der Schaden sey nicht äußerlich erkennbar gewesen [120]; die Uebernahme gilt als approbatio operis, dolus ausgenommen. Vergleicht man mit diesen Grundsätzen die von den Verkehrsordnungen beliebten Bestimmungen, so zeigt sich folgendes:

a) Bemerkt der Empfänger eine äußere Beschädigung, die aber nicht in unzweifelhafter Beziehung zu einer innerlich vorhandenen steht und reklamirt, so hat er bei Frachtgütern und Poststücken den Beweis einer Verschuldung zu führen, während er bei Eisenbahngepäck gar keinen Anspruch haben soll. Die erstere Bestimmung ist ohne Zweifel giltig; bei der letzteren wird aber eine Beschränkung eintreten und in Anwendung des Grundsatzes, daß dolus et culpa lata nicht nachzulassen sey, dem Empfänger der Beweis in dieser Beziehung offen bleiben müssen [121].

b) Ist nicht reklamirt worden, weil keine äußere Beschädigung zu sehen, aber doch der Inhalt beschädigt war, so ist ohne Zweifel der Beweis doloser Verdeckung des Schadens zulässig und hinreichend, um die Uebernahme unschädlich zu machen. Dagegen fragt es sich, ob der Beweis eines nicht durch dolus erregten Irrthums zuzulassen ist? [122] Bei Poststücken und Gütern hat dieß keinen Zweifel [123], bei Eisenbahngepäck wird derselbe Grundsatz mit

[120] Koch, S. 135, 136, N. 14, S. 306 ff. Holzschuher, III. 821. Mittermaier, II. 700. Bluntschli, S. 359, 4. Sarwey, Mtschr. X. 452, württemb. Entwurf Art. 115. Nürnb. Entwurf Art. 381. Kompe, a. a. O. S. 384 ff. Seuffert, §. 333, N. 10.

[121] Die Beweislast muß sich hier analog der für Güter getroffenen Bestimmung ändern.

[122] Hier können dann durch Handelsgebräuche festgesetzte Fristen Anwendung finden. Bluntschli, §. 130, N. 4. Sarwey, a. a. O. S. 453.

[123] Koch, a. a. O. S. 303 ff. Posttransportordnung §. 93 letzter

der Beschränkung auf einen durch dolus et culpa lata zugefügten Schaden einzutreten haben.

c) Ist dagegen die Beschädigung sichtbar gewesen, und der Empfänger hat unbeanstandet übernommen, so muß jeder Anspruch ausgeschlossen seyn.

2) Ein Gepäckstück muß vor Ablauf von 24 Stunden nach Ankunft des Zugs abgefordert werden. Wird es dann nicht alsbald abgegeben, so muß die Anzeige davon sofort geschehen. Bei Frachtstücken, die nicht an Ort und Stelle gelangt sind, muß binnen 6 Monaten vom Aufgabetag an reklamirt werden — alles bei Vermeidung des Verlusts des Anspruchs.[124]

Aehnliche Bestimmungen hat die Post, und die Meinung ist, daß nach Ablauf dieser Fristen auch der gerichtliche Weg abgeschnitten seyn soll[125]. Im Resultat wollen also neue Verjährungsfristen eingeführt werden. Bekanntlich ist nun die große Mehrheit der Schriftsteller geneigt, die Vorschriften über Verjährung als öffentliches Recht zu betrachten[126]; der gerichtliche Weg könnte also auch nach Ablauf jener Zeitabschnitte betreten werden. Nur wäre zweierlei zu bemerken:

Soweit die Verwaltung Vortheile bewilligt, die nach den gewöhnlichen Grundsätzen nicht gefordert werden können, z. B. das unbedingte Haften für Feuer, der Ersatz

---

Absatz, welcher nur eine Vermuthung für unverletzte Aushändigung festsetzt.

[124] P.-R. §. 31 c., G.-R. §. 14, Nr. 10. Als abhandengekommen gilt aber ein Gepäckstück erst acht Tage nach Ankunft des Zugs (P.R. §. 32), ein Frachtgutstück erst vier Wochen nach der Reklamation (1 G. R §. 14, Nr. 3). Ueber die Frage der Wiederauffindung ist Nichts gesagt, s. darüber Koch, S. 222, N. 16. Kompe, a. a. O., S. 140.

[125] Koch, §. 85 a. — Posttransportordnung, §. 97. Anders, als nach altem Recht, vrgl. Reyscher, §. 461.

[126] Kompe, a. a. O., S. 375. Savigny, V, 411. Sintenis, I, 304, N. 60. Holzschuher, I, 201, N. 21, gegen Unterholzner, Verj.-Lehre, §. 28.

von einer Mark Silber für rekommandirte Briefe ohne Schadenbeweis, müßten die gegebenen Fristen eingehalten werden, da die Verwaltungen nur für bestimmte Zeit sich für so streng verpflichtet erklären.

Sodann müßte man unter Umständen, namentlich bei Gepäck, wegen bedeutender Verspätung eine exceptio doli zugestehen, dahin, daß der Kläger, der durch die betreffende Bestimmung aufgefordert gewesen, sich rechtzeitig zu melden, die Wiederauffindung der verlorenen Sache bei dem massenhaften Andrang von Gepäckstücken rc. durch die Verspätung seines Auftretens selbst verhindert habe.

Uebrigens scheint mir eine Abänderung der Verjährungszeiten durch Privatwillen zuläßig. Daß die Verjährung rein positiven Rechtes ist, macht sie noch nicht zum publicum jus, zur lex cogens. Der Staatsgewalt liegt nur daran, daß das Klagerecht zeitlich begränzt sey, weil sonst Rechtsunsicherheit entstünde. Die Länge der Fristen kann sie der Privatübereinkunft frei geben. Ein Beweis dafür liegt darin, daß die Vorschützung der Verjährung von der Willkühr des Berechtigten abhängt.

3) Die vertragsmäßige Feststellung der Beweislast ist natürlich anzuerkennen, aber so aufzufassen, daß nicht der Nachweis eines bestimmten Hergangs, eines speziellen Verschuldens dieses oder jenes Bediensteten, sondern nur der Beweis verlangt werden kann, ein gewisser Schaden müsse durch Schuld entstanden[127], könne nicht durch die beim Transport nothwendigen Manipulationen herbeigeführt seyn.

---

[127] Vgl. Goldschmidt, Gutachten, im Beilageheft zu Bd. III. d. Z.-S., S. 111. Kompe, a. a. O., S. 353. Daher ist namentlich der „natürliche Abgang" von 1 — 2% nicht so schwer zu widerlegen, als man meint, z. B. wenn bei einem Kaffeetransport der im Ganzen gefundene Abgang sich sehr ungleich auf verschiedene Ballen vertheilt. Auch ist bei in gemietheten leeren Wagen selbst verladenen Waaren der Fall der Verschuldung dann z. B. leicht erweislich, wenn der Wagen selbst verunglückt, da hier der Grund der Bestimmung (s. Denkschrift N. 128, S. 10) gar nicht paßt. Bei Bruch sodann, um noch

4) Giltig ist auch der Ausschluß der Haftung bei Gepäck unter eigener Aufsicht und in Equipagen, denn auf dieses bezieht sich der Vertrag gar nicht.

5) Dagegen ist fortdauernde Haftung für dolus und culpa lata anzunehmen bei den nach §. 1, Punkt II. A. 3) von der Ersatzpflicht ganz ausgenommenen Beschädigungen, und wo etwa für Personenverletzungen [128] nur Kurkosten ersetzt werden wollen.

6) Die Ersatzmaxima wird man civilistisch für geltend halten müssen. Wie bei declarirtem Werthe durch ausdrückliche, so werden sie bei nicht declarirtem Werthe durch stillschweigende Uebereinkunft bestimmt. Entweder ist Beides ungiltig oder Beides giltig [129]. Auch für dolus und culpa lata wird eine Ausnahme nicht begründet seyn, da das Verbot nur darin besteht, daß der Ersatz dafür nicht überhaupt ausgeschlossen werden dürfe, während die Festsetzung geringeren Ersatzes, wenn nur ernstlich gemeint und nicht in fraudem legis geschehen, nicht contra bonos mores seyn kann.

Selbstverständlich tritt jedoch Haftung fürs Ganze ein, wenn die Verwaltung das Gut sich aneignet, um die Taxation zu bezahlen und die Differenz zu gewinnen.

Die Berechnung nach dem Aufgabeort statt dem Erfüllungsort, die Bestimmung der Beweislast für den Werth, so uncivilistisch diese Bedingungen seyn mögen: sie sind als ex contractus doch giltig.

---

ein Beispiel anzuführen, kann der Beweis dadurch erbracht seyn, wenn nachgewiesen wird, daß ein anderer, ebenso beschaffener Kollo zugleich transportirt wurde und gut angekommen ist.

[128] Ich kann mich nicht überzeugen, daß hier der Verzicht auf Ersatz im Falle von levis culpa ungiltig seyn soll (vgl. N. 102), dagegen sind Kurkosten nicht in dem zu Pkt. 6 u. 7 angegebenen Sinne als Ersatz zu betrachten.

[129] Koch, II, 415, unterscheidet, wie mir scheint, mit Unrecht und will im zweiten Falle, wenn dolus oder culpa lata erwiesen wird, vollen Werth ersetzen lassen, vgl. Seuffert, X. 199. Goldschmidt, Gutachten, 111.

7) Was Verspätungen betrifft, so ist

A. die Haftung für dolus und culpa lata bei Verspätung von Personen- und Gepäcktransport durch die Eisenbahnen aufrecht zu erhalten und im vollen Maße des geltenden Rechts zu gewähren;

B. bei Frachtgütern ist zunächst zu bemerken, daß die Clausel im G.R. §. 10, Ziff. 3, wonach im Falle der Unthunlichkeit der Verladung wegen mangelnder Betriebsmittel gar kein Ersatz gewährt wird, nicht gleichbedeutend ist mit dem Satze: ultra posse nemo obligatur, daß vielmehr nur außerordentlicher Andrang entschuldigen kann und auch der Beweis dieses Enschuldigungsgrundes, wenn einmal die Annahme zur Beförderung erfolgt ist, ausgeschlossen erscheinen muß, wenn der Mangel an Beförderungsmitteln[130] auf dolus und culpa lata beruht.

Was aber den Betrag der von der Verwaltung angebotenen Entschädigung (halbe oder ganze Fracht) anbelangt, so wird man sich mit diesem begnügen müssen[131]. Denn entweder liegt eine Konventionalstrafe vor[132], dann ist der die weitere Entschädigung ausschließende Vertrag giltig[133], oder die Bestimmung eines maximum[134], dann tritt das zu 6) Gesagte ein.

Daß bei theilweiser Lieferung nach Verhältniß ersetzt werden soll, ist zwar nicht ganz richtig und wäre na-

---

[130] Auch sonstige Versehen müssen haftbar machen, also schlechter Bau und in Folge davon eingetretene Störungen. Doch kommt es natürlich darauf an, ob die Betriebsdirektion in Händen des Eigenthümers und Erbauers ist oder nicht. Bei Beschädigungen gilt dasselbe.

[131] Koch, II. S. 198, N. 12 a, will wieder dolus und culpa lata wirken lassen.

[132] Mittermaier, II. 699, X. Seuffert, Pand., §. 281. Motive zum württ. Entw., Art. 120, Abs. 2.

[133] l. 10, §. 1. D. de lege Rhodia (14, 2). Unterholzner, Schuldverh. I. 248.

[134] Dafür Koch II. 326. Nürnberger Protokolle zu Art. 373 des Entw. S. 802, auch der Wortlaut von Ab.G. §. 10.

mentlich bei Annahme einer Konventionalstrafe ganz widersprechend [135], kann aber doch nicht beanstandet werden.

So verstanden und beschränkt, werden nun, glaube ich, die Reglements in etwas milderem Lichte erscheinen, und man wird überhaupt sagen dürfen, daß der Schmerzensschrei des Handelsstandes [136] nicht so dringend und allgemein geworden wäre, wenn nicht eines Theils diensteifrige Beamte die den Verwaltungen günstigste Auslegung durchgesetzt, anderer Seits das Publikum sich zu leicht gefügt, oder die Bestimmungen schief aufgefaßt hätte [137]. Immer aber werden der unerledigten Forderungen noch viele übrig bleiben und ich will, ohne die legislative Seite zu betrachten, die bedeutendsten kurz noch anführen:

Eine Hauptbeschwerde bezieht sich auf das Maß der

---

[135] Nürnberger Prot. S. 1229.

[136] Einen äußerst heftigen Ausdruck hat derselbe in der „Gegenschrift" gefunden, welche zu Dresden bei Meinhold u. Söhne gegen die Denkschrift einer Kommission des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen vom 12. Dez. 1859 und deren Vorschläge vom 25. Jan. 1860 erschienen ist.

[137] So meint z. B. die eben erwähnte Gegenschrift S. 6, der Befrachter müsse, wo Nachweis besonderen Verschuldens verlangt wird, eine grobe Schuld beweisen. Dieß ist aber ganz unrichtig; vergl. Koch a. a. O. S. 317. Ich halte vielmehr dafür, daß in dem in jener Schrift S. 6 erzählten Fall der Schuldbeweis ex re zu führen gewesen wäre oder daß die Verwaltung auch ohne die angefochtene Bestimmung hätte freigesprochen werden müssen, weil der Richter in den Fall kommen konnte, schon die bei Eisenbahnen unvermeidliche Erschütterung als Ursache des Bruches anzusehen. Ebenso beruht der leidenschaftliche Ausfall S. 7 und die Ausführung S. 20 ff. gegen die Forderung sofortiger Anmeldung von Ersatzansprüchen (G.R. §. 14, 9) auf einer Verkennung der oben Pkt. 1) festgestellten Sätze, und S. 17 ist der Stand der Beweislast gänzlich verkannt. Hieher gehört namentlich die Auslegung, die dem Retentionsrecht wegen Fracht und Nachnahmen gegeben wird. Nach richtigen Grundsätzen muß die Waare ausgeliefert werden, wenn der Adressat die streitige Summe deponirt. Bluntschli, deutsches Privatrecht, S. 359. Dieser allgemeine Grundsatz besteht ungeschmälert neben der Bestimmung G.R. §. 8 und 9 und Koch's Bemerkungen II. S. 107, 140, 141, 377.

Haftung bei Beschädigung und Verlust. Der Handelsstand verlangt die gemeinrechtlichen Grundsätze, die Verwaltungen, aus Furcht theils für ihre Kassen, theils vor Prozessen, bestehen auf den eingeführten Bestimmungen und weisen auf die Werthfracht hin, deren Bezahlung der Beschwerde abhelfe. Die Frage wird dadurch aber nur theilweise ein Tariffrage, da es nicht gestattet wird, mehr als den gemeinen Handelswerth der Waare am Orte der Aufgabe sich zu sichern und daneben noch beschwerende Bestimmungen bestehen, wie z. B. die Beweislast für den Werth.

Am tiefsten greift der Streit über den Ersatz für Verspätung d. h. Ueberschreitung der, wie geklagt wird, ohnehin zu weit bemessenen Lieferungsfristen[138]. Während die Befrachter auch hier einfach das gewöhnliche Recht verlangen, finden die Eisenbahnen darin eine unmöglich zu erfüllende Forderung.

Das Publikum verlangt überhaupt Anwendung des gewöhnlichen Rechts und findet die Nürnberger Vorschläge ganz unbedingt empfehlenswerth. Die Eisenbahnen verlangen in der Note 136 erwähnten Denkschrift Berücksichtigung der Natur des Verkehrsmittels. Sie sprechen davon, daß die Befrachter an den Mängeln und Gefahren dieses Verkehrsmittels sich betheiligen müssen, wenn sie nicht genöthigt seyn sollen, in Bemessung der Frachten und Lieferungszeiten, durch Anwendung zeitraubender Vorsichtsmaßregeln bei Uebernahme der Waaren, namentlich von anderen Bahnen, ein Verfahren einzuhalten, welches dem Verkehr weit tiefere Wunden schlagen würde, als die Reglements gethan. Insbesondere weisen sie darauf hin, daß sie sonst allen möglichen Betrügereien der Befrachter preisgegeben wären und daß das gedeihliche Fortbestehen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen, sowie der

[138] Es kommt häufig vor, daß nachweisbar die alten Frachtfahrer früher lieferten, und eine sichere Spekulation auf rechtzeitiges Eintreffen der Waare ist im Vergleich mit der früheren Zeit sehr erschwert.

dem Verkehr so segensreichen Verbände in Frage gestellt werde.

Diese Bedenken alle werden aber von der Gegenschrift verworfen und nur als finanzielle dargestellt[139].

In's Detail einzugehen und die Prüfung dieser Streitpunkte vom legislatorischen oder nationalökonomischen Standpunkte zu unternehmen, ist hier nicht der Ort. Das aber dürfte erhellen, daß der Knoten nicht durchhauen werden darf, sondern von der Gesetzgebung mit schonender Hand[140] gelöst werden muß.

Die Kompetenz der Civil- und Administrativjustizbehörden und das Klagerecht bei Streitigkeiten über die, zum Behuf der Abfindung einer subsidiär auf dem Zehentbezug haftenden kirchlichen Baulast erforderliche Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

A. Kompetenz.

I. Nach Art. 27 des Zehentablösungsgesetzes vom 17. Juni 1849 ist für den Fall, daß auf dem Bezuge von Zehnten die Verbindlichkeit zur baulichen Herstellung und Erhaltung von Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden haf-

---

[139] Die Denkschrift S. 20, 22 und an andern Orten spricht allerdings selbst von „Attentaten auf die Eisenbahnkassen" und kostspieligen Einrichtungen, die sie zu Erfüllung der Forderungen des Handelsstandes treffen müßten, so daß das Ganze zur Tariffrage zu werden scheint.

[140] Das Verbot aller abweichenden Vertragsbestimmungen hat jedenfalls große Bedenken. Das neueste englische Gesetz the railway and canal traffic act von 1854 macht die Giltigkeit von Abweichungen von dem Ermessen des Richters abhängig; sie gelten nur, wenn sie just and reasonable sind. Vom Gesetze selbst sind dann aber für Viehtransporte gewisse Maxima festgesetzt, und ausdrücklich anerkannt ist dabei, daß ein Recht auf größere Entschädigung nur durch Frachtzuschlag und Beweis des Schadens erlangt wird.

tet, hiefür bei der Ablösung des Zehnten eine Abfindung aus dem Ablösungskapital zu schöpfen. Wenn jedoch die auf dem Zehntbezug ruhende Bauverbindlichkeit nur aushilfsweise, soweit die Mittel eines näher Verpflichteten nicht zureichen, einzutreten hat, so ist nach Art. 34 des Zehntablösungsgesetzes nur für das durch die verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten nicht gedeckte Erforderniß die Abfindung zu berechnen. Es muß somit in diesem Falle der Umfang des verwendbaren Vermögens des zunächst Baupflichtigen vorher ermittelt und festgestellt werden, ehe die Baulastenabfindung selbst festgesetzt werden kann, und die Ermittlung des verwendbaren Vermögens bildet eine Präjudizialfrage für die Festsetzung der aus dem Zehntablösungskapital zu schöpfenden Abfindung für die Baulast.

II. Die Festsetzung der dem subsidiär baupflichtigen Zehntberechtigten an dem Zehntablösungsschilling in Abzug zu bringenden Abfindungssumme hat, wenn die Betheiligten sich nicht gütlich darüber vereinigen, nach Maßgabe der hiefür gegebenen Bestimmungen des Zehntablösungsgesetzes zu erfolgen und fällt daher nach Art. 55 dieses Gesetzes, welcher die Entscheidung aller über die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des Zehntablösungsgesetzes entstehenden Streitigkeiten, vorbehältlich einiger hier nicht zutreffenden Ausnahmen, in erster Instanz der Ablösungskommission zuweist, dem Ressort der Ablösungsbehörden anheim.

Anders verhält es sich mit der Ausmittlung des Umfangs der verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten; denn da hiefür in dem Zehntablösungsgesetz keine Bestimmungen gegeben sind, so kann ein Streit, welcher diese Ausmittlung zum Gegenstand hat, niemals ein solcher seyn, welcher nach Art. 55 des Zehntablösungsgesetzes vor die Ablösungsbehörden zu verweisen wäre, und es kann dieser Artikel daher schon darum keine Anwendung finden, wie dieß auch das Obertribunal unter

dem 28. Dezember 1859 in Sachen der F. St. H. F. gegen die Stiftungspflege H. ausgesprochen hat. Hiegegen wurde zwar in letzterer Sache geltend gemacht, daß die Vorschriften, welche für die Bemessung der aus dem Zehntablösungskapital zu schöpfenden Baulastenabfindung in dem Zehntabl.-Gesetz gegeben seyen, und insbesondere die im Art. 30 enthaltene Bestimmung auch auf die Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen analoge Anwendung zu finden haben, und insoweit, als es von dieser analogen Anwendung sich handle, die Kompetenzbestimmung des Art. 55 Platz greifen müsse. Das Obertribunal hat dieß jedoch nicht für richtig erkannt, weil die nur für die Festsetzung der Zehntlastenabfindung gegebenen Vorschriften auf die Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen keine Anwendung finden. Eben weil es hiefür an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, hat das Ministerium des Innern in einem nachher des Näheren zu erwähnenden Erlasse vom 18. Juli 1859 den betreffenden Behörden einige, auf Gründen der Zweckmäßigkeit beruhende reglementäre Vorschriften ertheilt, worunter insbesondere die, daß bei den nichtständigen Einnahmen und Ausgaben in der Regel der Durchschnitt der vorangegangenen 18 Jahre zu Grund zu legen sey. Bei dieser Vorschrift hat sich vielleicht das Ministerium die ähnliche Bestimmung des Art. 30 des Zehntabl.-Ges., welche das Verfahren bei Ermittlung des Jahresbetrags der auf dem Zehnten haftenden Leistung Behufs ihrer Ablösung betrifft, zum Vorbild genommen, aber davon, daß der Art. 30 auf das bei Bemessung der verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten zu beobachtende Verfahren Anwendung finde, ist in dem Erlaß nicht die Rede. Ebenso ist in einer für die analoge Anwendung des Art. 30 auf Fälle der fraglichen Art angeführten Entscheidung des Geheimen Raths vom 2. Juli 1855 in der Lastenabfindungssache zwischen der F. St. H. Th. und T. und dem Stiftungsrath zu O. M. nur ge-

sagt, daß der Art. 30. sowohl auf den Fall, wo die Zehntlast in einer Bauverbindlichkeit bestehe, als den Fall, wo sie in der Verbindlichkeit zur Leistung von Kirchenrequisiten bestehe, anzuwenden sey; daß der Art. 30. auf diejenigen Fälle, wo es sich um Ermittlung der verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten handle, Anwendung finde, ist auch von dem Geheimen Rath nicht ausgesprochen worden.

Kann schon hienach von einer Zuständigkeit der Ablösungsbehörden bei Streitigkeiten der in Frage stehenden Art nicht die Rede seyn, so wird solche noch zudem durch die Bestimmung des Art. 34 des Zehentablös.-Ges. ausdrücklich ausgeschlossen; indem hienach in Uebereinstimmung mit den schon zuvor in Geltung gewesenen Grundsätzen [1] die Bemessung des Umfangs der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen zunächst der Staatsverwaltungsbehörde zugewiesen, im Streitfall aber und wenn sich die Betheiligten bei dem Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde nicht beruhigen, sowohl dem prinzipal Baupflichtigen, als dem subsidiär verflichteten Zehentberechtigten die Berufung auf den Rechtsweg gestattet, die endgiltige Entscheidung somit dem Civilrichter vorbehalten ist.

Nach dieser Bestimmung kann ein gegründeter Zweifel darüber nicht obwalten, daß für die Ausmittlung der zu kirchlichen Bauzwecken verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen nur die Staatsverwaltungsbehörde und die Civilgerichte zuständig sind, wenn es gleich nicht ganz konsequent zu seyn scheint, daß die Festsetzung der Abfindungssumme, welche der subsidiär baupflichtige Zehntberechtigte sich an dem Zehntablösungskapital in Abzug bringen zu lassen hat, den Ablösungsbehörden, die endgiltige Bemessung des die Baupflicht des prinzipal Baupflichtigen repräsentirenden Kapitals aber im Fall eines Streits den Civilgerichten zugewiesen ist.

---

[1] Vrgl. Verh. d. K. d. Abg. von 1848/49, 1. Prot. Bd. S. 662. Dieses Archiv Bd. 2, S. 30—34 und S. 41, 42 Ziff. 5.

III. Die Staatsverwaltungsbehörde, welcher die Bemessung des Umfangs der zu kirchlichen Bauzwecken verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen zunächst zukommt, ist bei Stiftungen, welche der Regel nach prinzipal baupflichtig sind, die Stiftungsaufsichtsbehörde, also das gemeinschaftliche Oberamt, wie dieß auch im §. 39 der Hauptinstr. vom 22. März 1850 bemerkt ist.

IV. Nach einer Vorschrift für das Verfahren dieser Behörde bei der fraglichen Bemessung, und einer Normirung der hiebei zu beobachtenden Grundsätze sieht man sich, wie schon bemerkt, in dem Zehntablösungsgesetze vergeblich um, und es hat daher das K. Ministerium des Innern Behufs der Herbeiführung einer gleichmäßigen Behandlungsweise mittelst des schon erwähnten Erlasses vom 18. Juli 1854 den betreffenden Behörden einige Vorschriften ertheilt. Hienach soll

1) die den Staatsverwaltungsbehörden aufgetragene außergerichtliche Feststellung des Umfangs der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen in einer Untersuchung des Ueberschusses der durchschnittlichen ordentlichen Einnahmen über die durchschnittlichen Ausgaben unter Abzug des Aufwands für bauliche Unterhaltung der betreffenden Gebäude bestehen.

2) Die Grundlage der Untersuchung sollen die Vermögensverhältnisse vor der Ablösung der Gefälle und Zehnten bilden, da die verhältnißmäßige Verminderung der Last der subsidiär Pflichtigen durch diesen Umstand sich nicht habe verändern können.

3) Bei den Einnahmen, soweit sie keine ständigen, sollen in der Regel die Durchschnitte der dem Anfangstermin der Baulastenabfindung vorangegangenen 18 Jahre zu Grund gelegt werden, bei Waldungen jedoch die Benützung eines vorliegenden Wirthschaftsplans gestattet seyn.

4) Bei den nicht ständigen Ausgaben solle gleichfalls für die Regel ein achtzehnjähriger Durchschnitt ge-

nommen, hiebei jedoch Ausgaben, welche unzweifelhaft dem prinzipal verpflichteten Vermögen nicht obgelegen, weggelassen werden.

Der durchschnittliche Ueberschuß der Einnahmen über die Ausgaben, unter welchen der Bauaufwand wegzulassen, bildet sodann den Umfang der jährlich verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten.

V. Die von der Staatsverwaltungsbehörde diesen Vorschriften gemäß geschehene Festsetzung des verwendbaren Baukapitals ist übrigens, wie auch in dem angeführten Ministerialerlaß ausgesprochen ist, nur eine außergerichtliche Verfügung, gegen welche kein Rekurs an die höhere Regiminalstelle, sondern nur die Berufung auf den Rechtsweg stattfindet. Es erhellt dieß schon aus der Bestimmung des Art. 34 des Zehntabl.-Ges. selbst, in welchem von einem Rekurs gegen den Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde überall keine Rede, vielmehr der mit diesem Ausspruch unzufriedenen Partei nur die Betretung des Rechtswegs freigestellt ist.

Es wird dasselbe aber auch bestätigt durch die Motive zu dem Art. 34, welche nicht nur gleichfalls den Vorbehalt des Rechtswegs als das einzige Schutzmittel der Betheiligten gegen die vorläufige Feststellung der verwendbaren Mittel des Hauptverpflichteten durch die Staatsverwaltungsbehörde bezeichnen, sondern auch als Grund hiefür anführen, daß bei einer subsidiären Baulast die Frage von dem Vorhandenseyn der Bedingungen, unter welchen der subsidiarisch Verpflichtete einzutreten habe, — also auch die Frage, ob und inwieweit die Mittel des prinzipal Baupflichtigen zu Tragung der Baulast ausreichen — zur civilrichterlichen Zuständigkeit gehöre[2].

Hieraus folgt, daß die durch den Art. 34 der Staatsverwaltungsbehörde aufgetragene Festsetzung der verwend-

---

[2] Verh. d. K. d. Abg. v. 1848/49, 1. Beil.-Bd. S. 34, Schwarz, Zehntablös.-Ges. Heft 1 S. 81.

baren Mittel des prinzipal Baupflichtigen nur die Bedeutung einer außergerichtlichen oder friedensrichterlichen Verfügung haben kann, wie denn auch die Kommission der Kammer der Abgeordneten, unter ausdrücklich erklärtem Einverständniß von Seiten des Ministertisches, als eine selbstverständliche Voraussetzung bezeichnet hat, daß durch den Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde den Rechten der Betheiligten in keiner Weise präjudizirt werde [3]. Ist aber die fragliche Verfügung der Staatsverwaltungsbehörde nur eine unpräjudizirliche, außergerichtliche, und für den Fall, daß die Betheiligten sich nicht dabei beruhigen, für die endgiltige Entscheidung des Streits nur der Richter zuständig, so kann, wenn eine Partei mit dem Ausspruch der Verwaltungsbehörde nicht zufrieden und in Folge dessen die Frage von dem Umfang der verwendbaren Mittel des prinzipal Pflichtigen eine bestrittene geworden ist, folgerichtig nur die Berufung an den zur Entscheidung des Streits zuständigen Civilrichter, nicht aber ein Rekurs an die höhere Verwaltungsbehörde in Frage kommen. Demgemäß ist auch bei der Berathung des Art. 34 in der Kammer der Abgeordneten Seitens des Departementschefs erklärt worden, daß, wenn irgend eine der Parteien mit dem Bemessen der Staatsverwaltungsbehörde nicht zufrieden seye, der Richter entscheide, und wenn in der Sache irgend ein Mißgriff geschehen, der Betheiligte gewiß bei dem zuständigen Richter die entsprechende Hilfe finde [4]. Auch die Hauptinstruktion spricht in den §§. 39 und 56 nur von der den Betheiligten gegen den Ausspruch der Verwaltungsbehörde offenstehenden Betretung des Rechtswegs, und ebenso hat die K. Kreisregierung zu Ulm in einem Spezialfall, in welchem der subsidiär Baupflichtige gegen den Ausspruch des gemeinschaftlichen Oberamts an die höhere Verwaltungsbehörde Rekurs ergriffen hatte,

[3] Verh. d. K. d. Abg. v. 1848/49, 1. Beil.-Bd. S. 196 und Bd. 1 der Prot. S. 662, Schwarz, a. a. O. Heft 2. S. 71.

[4] Verh. d. K. d. A. v. 1848/49, Prot., Bd. 1, S. 663.

durch Erlaß vom 16. März 1855 ausgesprochen, daß ein solcher Rekurs gegen die außergerichtliche Festsetzung des Baukapitals nicht zulässig seye, vielmehr der unzufriedenen Partei überlassen bleibe, den Rechtsweg zu betreten.

VI. Der Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde ist nach Maßgabe des §. 39. der Hauptinstruktion, und zwar, wie in dem Ministerial-Erlaß vom 18. Juli 1854 angeordnet ist, mit Entscheidungsgründen, durch die Ablösungsbeamten sämmtlichen Betheiligten unter dem Anfügen zu eröffnen, daß sie innerhalb einer kurzen Frist anzuzeigen haben, ob sie den Rechtsweg dagegen betreten wollen. Erfolgt eine solche Erklärung nicht, so ist die Abfindungssumme von der Ablösungskommission sofort festzusetzen. Wird aber der Rechtsweg betreten, oder doch die Erklärung abgegeben, daß solcher betreten werden wolle[5], so ist nach §. 56 der Hauptinstruktion die Feststellung der Abfindungssumme, welche der subsidiär baupflichtige Zehntberechtigte an dem Zehntablösungskapital sich in Abzug bringen zu lassen hat, bis zur Erledigung des Streits durch die Gerichte in Anstand zu lassen. Nur wenn das Gericht aus besonderen Gründen, wie z. B. wegen Beurtheilung der Frage von der Appellabilität in einem Streite über die Bauverbindlichkeit selbst die vorgängige Festsetzung der Abfindungssumme für nöthig erachtet, hat diese Festsetzung auch vor Erledigung des Streits durch die Ablösungsbehörden vorläufig zu erfolgen[6].

VII. Das Gesetz verweist die Betheiligten, welche sich bei dem Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde in Betreff der Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen nicht beruhigen wollen, schlechthin auf

---

[5] Eine solche Erklärung wird für genügend erachtet werden müssen, um das Ablösungsverfahren zu hemmen, da das Gesetz keine Frist für Erhebung der Klage bei dem Civilrichter bestimmt. Es ist dieß jedoch eine bedauerliche Lücke in dem Gesetze.

[6] Vergl. die Verfügung des Obertribunals v. 7. März 1857 in diesem Archiv, Bd. 2, S. 40, 41, Ziff. 4.

den Rechtsweg, ohne zu unterscheiden, aus welchen Gründen die Bemessung angefochten wird. Damit ist gesetzlich anerkannt, daß der Civilrichter für Streitigkeiten dieser Art ausschließlich und unbeschränkt zuständig ist und nur ihm die endgiltige Festsetzung der als verwendbare Mittel zu kirchlichen Bauzwecken zu betrachtenden Summe im Streitfall zusteht. Es wird dieß auch durch die schon erwähnten Motive zu dem Art. 34 bestätigt, indem diese geradezu aussprechen, daß der Streit über das Vorhandenseyn der Bedingungen, unter welchen der subsidiarisch verpflichtete Zehntberechtigte einzutreten habe — und eine dieser Bedingungen ist die Unzulänglichkeit der verwendbaren Mittel des zunächst Baupflichtigen — zur richterlichen Zuständigkeit gehören. Uebrigens enthält diese Bestimmung des Zehntabl.-Gesetzes nur eine Bestätigung der schon zuvor geltenden und in Uebung gewesenen Rechtsgrundsätze. Die subsidiäre Verbindlichkeit eines Zehntbesitzers zu Tragung der Kosten eines kirchlichen Bauwesens ist ein Gegenstand des Privatrechts und gehört als solcher zur Kompetenz des Civilrichters. Dem subsidiär baupflichtigen Zehntbesitzer gegenüber kann daher auch nur der Civilrichter darüber entscheiden, sowohl ob die Bedingungen vorhanden sind, unter welchen derselbe für kirchliche Baukosten überhaupt einzutreten hat, als auch im bejahenden Fall, ob er zu Tragung sämmtlicher Baukosten oder nur eines Theils und welchen Theils verbunden ist. Für die Feststellung dieser Beitragsquote bildet aber die Ermittlung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen die Vorbedingung, da nur insoweit, als diese Mittel nicht zureichen, der subsidiär Pflichtige in Anspruch genommen werden kann. In dem Streite gegen diesen muß daher der Civilrichter auch darüber entscheiden, ob und in wieweit für kirchliche Bauzwecke verwendbare Mittel des zunächst Pflichtigen vorhanden sind, um auf den Grund der Bemessung dieser Mittel die über deren Abzug von dem subsidiär baupflichtigen Zehntbesitzer zu den Baukosten bei-

zutragende Summe festsetzen zu können. Hienach würde sowohl die Bestimmung der bei Ablösung des Zehnten aus dem Ablösungskapital zu schöpfenden Abfindung der Baulast des subsidiär baupflichtigen Zehntbesitzers, wie die hiefür präjudizielle Frage von dem Umfang der für Bauzwecke verwendbaren Mittel des prinzipal Pflichtigen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur civilrichterlichen Kompetenz gehören. Da jedoch die Festsetzung der Baulastenabfindungssumme den Grundsätzen und Vorschriften des Zehntablösungsgesetzes unterliegt, so ist solche durch den Art. 55 des Zehntabl.-Gesetzes den Ablösungsbehörden zugewiesen worden. Bezüglich der Ausmittlung der verwendbaren Mittel des prinzipal Pflichtigen dagegen, wofür das Zehntabl.-Gesetz, wie schon erwähnt, keine Bestimmungen enthält, ist es bei der civilrichterlichen Kompetenz belassen und dieß im Art. 34 ausdrücklich ausgesprochen worden.

Bei der Bemessung dieser Mittel können sich jedoch wieder Vorfragen aufwerfen, bei welchen öffentlich rechtliche Streitpunkte in Frage kommen, und ist dieses der Fall, so folgt aus der Zuständigkeit des Civilrichters für den Hauptstreit nicht, daß derselbe auch solche Präjudizialpunkte zu entscheiden habe, welche an sich und nach den sonst geltenden Grundsätzen der Kognition der Administrativbehörden unterliegen. Vielmehr hat in einem solchen Fall eine Trennung der Streitpunkte stattzufinden, und nur über die privatrechtlichen haben die Gerichte zu entscheiden, während die öffentlich rechtlichen der endgiltigen Entscheidung der Verwaltungsbehörden anheimfallen[7]. Handelt es sich nämlich davon, wie behufs der Ausmittlung des von dem subsidiär Baupflichtigen zu übernehmenden Bauaufwandes die verwendbaren Mittel des principal Baupflichtigen zu bemessen seyen, so kann möglicher Weise nichts Anderes streitig seyn, als gerade die Frage über die Bemessung dieser Mittel, d. h. die Frage, wie hoch die dem prinzipal Baupflichtigen außer der Baulast obliegenden

---

[7] Vgl. Bd. 2 dieses Archivs, S. 10.

Verbindlichkeiten zu Kapital anzuschlagen seyen, wie dessen Aktivvermögen zu berechnen, und welche Summe hienach als diejenige zu betrachten sey, die zu Tragung von kirchlichen Baukosten übrig bleibt. Ueber die Berechnung und Festsetzung dieser Summe kann gestritten werden, auch wenn sowohl die einzelnen dem prinzipal Baupflichtigen obliegenden Leistungen, als die einzelnen sein Aktivvermögen bildenden Bestandtheile außer Streit sind, sofern entweder darüber Streit ist, welchen Kostenaufwand die einzelnen Leistungen erfordern, oder darüber, wie der Aufwand für die einzelnen Leistungen zu Kapital anzuschlagen, oder darüber, wie die Erträgnisse des Aktivvermögens zu Kapital zu berechnen seyen. Es kann aber auch Streit darüber obwalten, ob gewisse Verbindlichkeiten dem prinzipal Baupflichtigen überhaupt obliegen und in welchem Umfange. Fallen diese Verbindlichkeiten an sich in das Gebiet des öffentlichen Rechts, was insbesondere dann der Fall seyn wird, wenn es sich von der Verbindlichkeit eines prinzipal baupflichtigen Stiftungsvermögens zu Erfüllung stiftungsmäßiger Zwecke handelt, wenn also z. B. darüber gestritten wird, ob und in welchem Umfang eine Stiftungspflege zur Abreichung von Almosen an Arme oder zur Anschaffung von Kirchenparamenten oder zu einem Aufwand für Schulzwecke verbunden sey, — so steht die Entscheidung über diesen öffentlich rechtlichen Streitpunkt nach allgemeinen Grundsätzen nur den Verwaltungsbehörden zu, und es hat der Civilrichter deren Ausspruch seiner Endentscheidung zu Grund zu legen, ohne daß ihm hierüber eine selbstständige Kognition zustehen kann. Denn derselbe Streitpunkt kann nicht der Entscheidung der Gerichte und der Verwaltungsbehörden unterliegen, und haben letztere innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit über einen öffentlich rechtlichen Streitpunkt sich ausgesprochen, so ist dieser Ausspruch auch von den Gerichten als maßgebend anzuerkennen. Dasselbe muß gelten, wenn der dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörige Streitpunkt noch unentschieden ist. Denn dieser zufällige Umstand kann für die Kompetenzfrage keine

Bedeutung haben, und es haben daher in einem solchen Fall die Gerichte den öffentlichrechtlichen Streitpunkt auszuscheiden, und die Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörden herbeizuführen, und wenn diese innerhalb ihres Gebietes darüber entschieden haben, so ist diese Entscheidung als der Kognition des Civilrichters nicht weiter unterworfen, dessen Endurtheil zu Grund zu legen.

Von diesen Grundsätzen ist im Wesentlichen das Obertribunal bis zu Erscheinung des Zehentabl.-Gesetzes ausgegangen [8], und der Art. 34 dieses Gesetzes enthält, wie das Obertribunal am 28. Dezbr. 1859 in der schon erwähnten At.-S. der F.St.H.F. gegen die Stiftungspflege H. gleichfalls anerkannt hat, keine hievon abweichende Bestimmung [9]. Derselbe anerkennt, indem er den mit der Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen unzufriedenen Betheiligten die Berufung auf den Rechtsweg gestattet, nur im Allgemeinen die Zuständigkeit der Civilgerichte für Streitigkeiten zwischen dem prinzipal Baupflichtigen und dem subsidiär verpflichteten Zehntbesitzer über jene Bemessung. Hieraus folgt aber nicht, daß auch die bei Bemessung der verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten in Frage kommenden öffentlich rechtlichen Streitpunkte dem Civilrichter haben zugewiesen und damit die bisher geltenden Grundsätze haben verlassen werden wollen. Für eine solche Unterstellung fehlt es an jedem Anhaltspunkt, und es ist daher der Richter durch den Art. 34 der Verpflichtung nicht enthoben, in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, ob die in Frage kommenden Streitpunkte privatrechtlicher oder öffentlich rechtlicher Natur sind, und soweit das Letztere der Fall ist, kann nur die Administrativbehörde endgiltig darüber entscheiden.

Für die Entscheidung des Hauptstreits und die end-

---

[8] Vgl. dieses Archiv, Bd. 2, S. 30—34.

[9] Dasselbe habe ich schon in meinem Aufsatze in Bd. 2 dieses Archivs, S. 41 u. 42, Ziff. 5, ausgesprochen.

liche Bemessung und Festsetzung der als verwendbare Mittel des prinzipal Baupflichtigen zu betrachtenden Summe aber ist immer wieder nur der Civilrichter zuständig, und die Entscheidung der Administrativbehörde über die dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörigen Präjudizialstreitpunkte bildet nur eine der Grundlagen für das von dem Civilrichter auszusprechende Endurtheil in dem Hauptstreit.

Dieser Hauptstreit selbst ist jedoch, wie schon im Eingang (Ziff. I.) hervorgehoben worden, wiederum nur ein Präjudizialstreit für das Ablösungsverfahren und ist derselbe von den Gerichten entschieden und von ihnen demgemäß der Umfang der verwendbaren Mittel des zunächst Baupflichtigen festgestellt worden, so ist damit die Thätigkeit der Gerichte geschlossen und dem Ressort der Ablösungsbehörde fällt die den Normen des Zehntablösungsgesetzes unterliegende weitere Entscheidung anheim, ob und welche Abfindung für die Baulast des subsidiär baupflichtigen Zehntbesitzers in Folge des civilrichterlichen Ausspruchs über die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des prinzipal baupflichtigen Vermögens aus dem Zehntablösungskapital zu erfolgen hat.

B. Klagerecht.

Nach Art. 34 des Zehntablösungsgesetzes, womit auch der §. 39 der Hauptinstruktion vom 22. März 1850 übereinstimmt, steht die Betretung des Rechtswegs jedem Betheiligten, welcher sich durch den vorläufigen Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde über den Umfang der Mittel des prinzipal Kirchenbaupflichtigen beschwert findet, sowohl dem zunächst Baupflichtigen, als dem subsidiär baupflichtigen Zehntberechtigten offen, der eine oder der andere kann die Entscheidung des Civilrichters darüber verlangen, ob und welche zu kirchlichen Baukosten verwendbare Mittel des zunächst Verpflichteten vorhanden sind, und nur das Klagegesuch wird, je nachdem der eine oder andere Theil

an den Richter sich wendet, verschieden seyn, indem der prinzipal Baupflichtige einen Ausspruch, daß er keine oder doch keine zureichende, zu den Baukosten verwendbare Mittel besitze, — der Zehntberechtigte, daß solche Mittel in zureichendem oder doch in höherem Betrage, als von der Staatsverwaltungsbehörde angenommen worden, vorhanden seyen, verlangen wird.

Von einer anderen Ansicht ist der Gerichtshof zu Tübingen in der Rt. S. zwischen den F. St. H. F. und dem Stiftungsrath zu H. ausgegangen. In dieser Sache hatte die als Besitzerin des Großzehnten zu H. kirchenbaupflichtige F. St. H. F. behauptet, daß die Mittel der primär verpflichteten Kirchenfabrik in H. zu Tragung der Baulast vollkommen zureichen, und als das gem. Oberamt ausgesprochen hatte, daß die Kirchenpflege nur zu einem Baubeitrag von jährlichen 25 fl. 40 kr. sufficient sey, den Rechtsweg als Klägerin betreten mit dem Antrage, zu erkennen, „daß die Stiftungspflege H. die verfügbaren Mittel zu Bestreitung der ihr primär obliegenden Baupflicht im durchschnittlichen Betrag von jährlich 200 fl. 43 kr. besitze, und das diesen Mitteln entsprechende Baulastenablösungskapital auf sich selbst zu übernehmen verpflichtet sey." Diese Klage wurde von dem Gerichtshof durch Erk. vom 30. Juni 1859 als unstatthaft abgewiesen, indem derselbe davon ausging, daß es kein solches Klagerecht gebe, welche Unterstellung folgendermaßen zu begründen gesucht wurde:

„1) Zunächst sey einleuchtend, daß der angeführte Klageantrag in Wahrheit keinen anderen Inhalt habe, als den einer Bitte um gerichtliche Anerkennung der Nichtexistenz einer Baupflicht der Klägerin, beziehungsweise einer Pflicht derselben zu Entrichtung eines Bauablösungskapitals. Sehe man nun vorerst davon ab, inwieweit dem Anspruche der bekl. Stiftung auf eine Baulastabfindung eine dingliche Natur beigemessen werden könne, und betrachte man das Rechtsverhältniß zwischen den streitenden

Theilen als ein persönliches, so seye nicht zweifelhaft, daß eine Klage, wie sie angestellt, nach allgemein rechtlichen Grundsätzen eine unzulässige seye. Persönliche Klagen können der Regel nach nur Leistungen zum Gegenstand haben [10]. Ausnahmsweise lasse zwar die Praxis bei noch unverfallenen Verbindlichkeiten eine verfrühte Klage, welche auf Anerkenuung einer künftigen Leistungspflicht gerichtet seye, alsdann zu, wenn der Kläger ein besonderes rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung seiner Ansprüche bescheinigen könne. Aber für eine Ausdehnung über diese Grenze lasse sich weder die Theorie, noch die Gerichtspraxis anführen, und gerade der vorliegende Fall seye von jenen Fällen, wo auf blose Feststellung eines Rechtsverhältnisses eine Klage gestattet werde, spezifisch verschieden. Dort handele es sich wenigstens im Hintergrunde und dem Endzwecke nach von einer Leistung des Beklagten; der Kläger seye der Berechtigte, der Beklagte der Schuldner, und ein Interesse des Ersteren, welchem anders, als durch Gestattung einer Klage nicht entsprochen werden könne, falle in die Wagschaale, während hier, wo die Klage nicht weiter, als eine negative Einlassung auf ein prätendirtes Recht der Beklagten enthalte, die Parteirollen geradezu verwechselt seyen, und für die Zulassung eines derart begriffswidrigen Verhältnisses nicht einmal irgend ein Zweckmäßigkeitsgrund angeführt werden könne, weil die Klägerin in der Rolle der Vertheidigung ihr volles Recht finde und sie einer nachtheiligen Verzögerung der gegnerischen Klagerhebung durch das Rechtsmittel einer Provokation begegnen könne.

2) Anders würde es sich dann verhalten, wenn die in Frage stehende Pflicht zu Entrichtung eines Baulastablösungsschillings einen dinglichen Charakter hätte, in welchem Falle die negatorische Klage anwendbar wäre. Nun habe zwar die Baulast ursprünglich auf dem der Klägerin auf der Markung

---

[10] Berufung auf l. 25. pr. D. de obl. et. act. (44,7)

H. zugestandenen Großzehentrechte geruht. Allein das Rechtsverhältniß der Klägerin zu den Zehentpflichtigen und deren Grundstücken habe sich in Folge der Ablösung wesentlich geändert. Es könne unerörtert bleiben, ob mit Umwandlung des Zehentrechtes in Ablösungszeitrenten die dingliche Natur des ersteren auf letztere in der Art übergangen seye, daß auch die Lasten, welche auf dem Zehentrechte geruht haben, und welche nach eingeleiteter Ablösung sich als Abzüge am Zehentablösungskapital darstellen, fernerhin als dinglich radizirt betrachtet werden können. Denn würde man dies auch bejahen, so seye die Klägerin aus dem andern Grunde nicht mehr Besitzerin eines radizirten Zehentgefälls, weil sie anerkanntermaßen für ihre Zehentablösung die Vermittlung der K. Ablösungskasse, und zwar schon zu einer Zeit angerufen habe, welche vor dem Beginn des jetzigen Rechtsstreits zurückliege. Für diesen Fall bestimme Art. 21 des Zehentabl.-Gesetzes, daß von jener Anrufung an die Entschädigungsansprüche der anrufenden Berechtigten auf die K. Ablösungskasse übergehen, wogegen letztere dafür fünfprozentige Obligationen ausstelle. Die Klägerin stehe demnach zu den Besitzern der früher zehentbaren Grundstücke lediglich in keiner Rechtsbeziehung mehr, sondern ihre Rechte seyen in ein rein obligatorisches Verhältniß zu der K. Ablösungskasse verwandelt. Die Legitimation zu Anstellung einer Negatorienklage, welche in dem Besitze des angeblich belasteten Objektes bestehe, seye eben damit verloren gegangen.

3) Die Klägerin habe zwar auch noch versucht, ein Klagerecht aus der speziellen Bestimmung des Art. 34 des Zehentablösungsgesetzes herzuleiten: Allein hiegegen seye zu bemerken, daß sich das Gesetz keinenfalls über die Gattung der Klage ausspreche und dem Baupflichtigen, gegen welchen die Administrativstelle entschieden habe, Ein Weg der Anrufung des Richters, nämlich der einer Provokationsklage in der That offen stehe. Sodann spreche der Artikel nicht von einer Betretung des Rechtswegs oder einem Klagerecht, sondern nur von einer „Berufung auf den Rechtsweg“,

d. h. diejenige Partei, welche sich bei der Administrativentscheidung nicht beruhige, könne sich einer Vollziehung der Ablösung nach Maßgabe dieser Entscheidung dadurch widersetzen, daß sie erkläre, sie lasse es auf den Rechtsweg ankommen. Wer hier zu klagen habe, seye durch das Gesetz nicht bestimmt, und ebensowenig seye den Ablösungsbehörden eine Befugniß ertheilt, durch Androhung und Vollziehung eines materiellen Rechtsnachtheils den einen oder andern Theil zu einer gerichtlichen Klage zu zwingen. Der §. 29, Abs. 2 der Hauptinstruktion zum Zehentablösungsgesetz, auf welchen die Klägerin sich berufe, schreibe dem Ablösungsbeamten nur vor, von den Betheiligten eine Anzeige zu verlangen, ob sie den Rechtsweg betreten wollen, wie denn die Androhung irgend eines Präjudizes nicht Sache der Instruktion, sondern des Gesetzes selbst gewesen wäre. Endlich aber zeige die Geschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht habe, an den allgemeinen Grundsätzen über das Recht zur Klage eine Aenderung zu treffen. Der Regierungsentwurf, der diese Bestimmung vorgeschlagen, sage in den Motiven: „da bei einer subsidiären Baulast der „Streit über das Vorhandenseyn der Bedingungen, unter „welchen der subsidiarisch Verpflichtete einzutreten hat, zur „richterlichen Zuständigkeit gehört, so hat der „Art. 34 die vorzunehmende Ermäßigung der Mittel des „Hauptverpflichteten zwar zunächst der Verwaltungsbehörde „übertragen, jedoch den Betheiligten die Betretung des „Rechtswegs vorbehalten“ [11]. Der Kommissionsbericht bemerke hiezu: „Der Entwurf versteht wohl unter der „Rechtsverwaltungsbehörde nur die Regierungsbehörde, „welche nach den bestehenden Einrichtungen den Um„fang oder die Größe der Mittel des zunächst Verpflich„teten festgesetzt hat, ohne daß hiedurch den Rech„ten der Betheiligten in einer Weise präjudi„zirt worden wäre, und insofern ist hiebei nichts

[11] Beil., Bd. der Verh. der K. d. A. von 1848/49, S. 34.

„zu erinnern" [12], und diese Auffassung seye bei der Berathung von Seiten des Ministertisches für richtig anerkannt worden [13]. Es habe somit an den geltenden Grundsätzen in keiner Beziehung eine Abänderung getroffen werden wollen.

4) Noch habe die Klägerin unter Berufung auf §. 59 der Hauptinstruktion zum Zehentablösungsgesetz für sich angeführt, daß nach Anrufung der Vermittlung der Ablösungskasse ihr von derselben bis zu Vereinigung des Ablösungsgeschäfts weiter nicht, als 4 Proz. Zinse aus dem Ablösungskapital, und zwar auch hieraus nur nach Abrechnung des im Streit befangenen Lastenabfindungskapitals verabreicht werde, sie also im Bezug ihrer Zehentgelder gehemmt und geschmälert würde, wenn die Einleitung der gerichtlichen Verhandlungen dem Belieben der Beklagten anheimgegeben wäre. Nun liege zwar hierin ein Interesse für die Klägerin, den Streit begonnen und zum Austrag gebracht zu wissen. Indessen genüge zu Begründung eines Klagerechts nicht der Nachweis eines Interesse, sondern es wäre in Ermanglung einer gemeinrechtlichen Zulassung der Klage eine einheimische Gesetzessanktion nöthig, welche fehle. Vor Allem aber seye zu verneinen, daß die Klägerin ohne ein Klagrecht auf Feststellung der Nichtexistenz ihrer Baupflicht nicht zum Ziele kommen könne. Das Schutzmittel, auf welches die Klägerin sich zu beschränken gehabt hätte, seye die Provokationsklage wegen Diffamation. Für Fälle, wie der gegenwärtige, wo durch die Prätention eines Rechtes der angebliche Schuldner in der allseitigen Disposition über sein Vermögensrechte gehemmt werde, seye jenes Rechtsmittel gerade geschaffen worden, während andererseits die Subsidiarität dieses nur aus einem dringenden Bedürfniß entsprungenen Rechtsmittels wiederum ein Beleg dafür seye,

[12] Ebendas., S. 196.

[13] Verh. der K. d. A. v. 1848/49, Prot., Bd. 1, S. 662.

daß ein Recht des Schuldners, den Nichtbestand eines gegen ihn erhobenen Anspruchs gerichtlich ausgesprochen zu sehen, zu keiner Zeit anerkannt worden seye."

Das Obertribunal erkannte jedoch diese Ansicht nicht für richtig, und hob demzufolge durch Beschluß vom 30. Juni 1860 das Erkenntniß des Gerichtshofs auf, erklärte die Klage für statthaft, und wies die Sache zur ordnungsmäßigen Verhandlung und Entscheidung an den Gerichtshof zurück. In den Gründen des Obertribunals wurde gesagt: „Ob die erhobene Klage nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für statthaft erachtet werden könnte, ist eine müßige Frage, denn es beruht deren Statthaftigkeit auf der Bestimmung des Gesetzes, welches die abgesonderte Entscheidung der für die Baulastenabfindung präjudiziellen Frage von der Zulänglichkeit der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen dem Civilrichter zugewiesen und die Anrufung desselben beiden Parteien freigestellt hat."

„Zwar wurde hiegegen geltend gemacht, daß der Art. 34 des Zehntablösungsgesetzes nicht von einer, sämmtlichen Betheiligten zustehenden Betretung des Rechtswegs, sondern nur von einer Berufung auf den Rechtsweg rede, hiemit aber darüber, wer im Falle der Berufung auf den Rechtsweg zu klagen habe, nichts bestimmt, sondern nur ausgesprochen sey, daß diejenige Partei, welche sich bei der Administrativentscheidung nicht beruhigen wolle, erklären könne, daß sie es auf den Rechtsweg ankommen lasse. Allein die Motive zu dem Zehntablösungsgesetz, worin gesagt ist, daß durch den Art. 34 den Betheiligten die Betretung des Rechtswegs vorbehalten worden seye, zeigen, daß mit der Gestattung der Berufung auf den Rechtsweg nichts Anderes gesagt werden wollte, als daß derjenigen Partei, welche sich durch den Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde beschwert finde, die Betretung des Rechtswegs offen stehe, wie denn auch übereinstimmend hiemit im §. 39 der Hauptinstruktion die Ablösungsbeamten angewiesen werden, bei Eröffnung des Ausspruchs

der Staatsverwaltungsbehörde über den Umfang der verwendbaren Mittel des zunächst Baupflichtigen die Betheiligten zur Erklärung aufzufordern, ob sie den Rechtsweg dagegen betreten wollen. Auch hier wurde somit davon ausgegangen, daß die Betretung des Rechtswegs und somit auch die Erhebung einer Klage sämmtlichen Betheiligten durch das Gesetz freigestellt worden."

„Der Hauptgrund des G.-Hofs gegen die Statthaftigkeit einer solchen Klage von Seiten des Zehntberechtigten beruht auf einer unrichtigen Auffassung der Natur und des Wesens derselben. Der G.-Hof geht davon aus, daß die Klage als auf Anerkennung der Nichtexistenz der Verbindlichkeit zu Entrichtung eines Baulastenablösungs-Kapitals gerichtet anzunehmen sey. Allein daß dieß der Inhalt der im Art. 34 des Zehntablösungsgesetzes den Betheiligten offen gelassenen Klage nicht ist, ergibt sich daraus, daß darüber, ob der Zehntberechtigte eine Abfindung für die Baulast zu leisten hat, gar nicht der Civilrichter, sondern die Ablösungsbehörde zu erkennen hat[14], soferne die Voraussetzungen für den Eintritt einer solchen Abfindung im Ablösungsgesetz bestimmt sind, und wo es sich um die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des Zehntablösungsgesetzes handelt, nach Art. 55 desselben den Ablösungsbehörden die Entscheidung zukommt. Nur die Präjudizialfrage, ob und welche zu Bauzwecken verwendbare Mittel des prinzipal Baupflichtigen vorhanden sind, und die Festsetzung der Summe und des Kapitalbetrags dieser Mittel ist der civilrichterlichen Entscheidung vorbehalten, die Konsequenzen daraus für die Abfindung der subsidiären Baupflicht des Zehntbesitzers haben die Ablösungsbehörden zu ziehen. Nur auf die Feststellung der für das Ablösungsverfahren präjudiziellen Frage von der Zulänglichkeit der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen geht daher die im Art. 34

---

[14] Vergl. oben unter Lit. A, Ziff. I.

den Betheiligten eröffnete Klage vor dem Civilrichter, und hierauf, daß die Beklagte die verfügbaren Mittel zur Tragung der ihr prinzipal obliegenden Baupflicht an der Kirche zu H. besitze, ist auch die vorliegende Klage gerichtet. Die Klage des Art. 34 ist hienach lediglich eine Präjudizialklage, wodurch die abgesonderte Entscheidung über eine zur civilrichterlichen Zuständigkeit gehörige, für das Ablösungsverfahren präjudizielle Frage, ohne die zur Kompetenz der Ablösungsbehörden gehörige Ziehung der Konsequenzen hieraus für die Ablösung, herbeigeführt werden solle, wie die Gesetze solche Präjudizialklagen auch sonst ausnahmsweise gestatten."

Dieß die Gründe des Obertribunals, welchen etwas beizufügen kaum nöthig seyn wird, wie denn auch bis zu der obigen Entscheidung des Gerichtshofs zu Tübingen die Statthaftigkeit einer Klage des subsidiär baupflichtigen Zehntberechtigten auf Feststellung der zu kirchlichen Bauzwecken verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen von keinem Gericht beanstandet worden zu seyn scheint. Insbesondere ist auch in der obenerwähnten Klagsache der F. St. H. F. gegen die Stiftungspflege H. ein Anstand bezüglich des Klagrechts nicht nur von keiner Seite erhoben worden, sondern es wurde die subsidiär baupflichtige Zehntherrschaft von der K. Kreisregierung, an welche sie sich mit einer Beschwerde gegen die Ermäßigung der Staatsverwaltungsbehörde zuerst gewendet hatte, sogar ausdrücklich auf den Rechtsweg verwiesen. Angesichts der Bestimmung des Art. 34 des Zehntablösungs-Gesetzes, welches jedem mit dem Ausspruch der Staatsverwaltungsbehörde unzufriedenen Betheiligten die Berufung auf den Rechtsweg gestattet, kann in der That auch kein gegründeter Zweifel darüber bestehen, daß das Gesetz jedem Betheiligten das Recht einräumen wollte, von dem Civilrichter eine Entscheidung über den bestrittenen Umfang der Mittel des prinzipal Baupflichtigen zu verlangen, oder mit anderen Worten auf Feststellung des Umfangs dieser Mittel zu

klagen. Die darauf, daß das Gesetz von einer „Berufung auf den Rechtsweg" spricht, gegründete Annahme, es habe der Gesetzgeber nur aussprechen wollen, daß jedem der Betheiligten zu erklären freistehe, er wolle es auf den Rechtsweg ankommen lassen, ohne daß damit über das Klagerecht etwas entschieden worden, wird durch die Motive widerlegt, in welchen ausdrücklich gesagt ist, daß durch den Art. 34 den Betheiligten die Betretung des Rechtswegs vorbehalten worden sey, was das Anerkenntniß eines jedem Betheiligten zustehenden Klagerechts voraussetzt, da nur derjenige, welcher ein Klagerecht hat, den Rechtsweg betreten kann. Daß der Gesetzgeber hiebei an den zwecklosen Umweg einer Provocationsklage gedacht, dagegen sprechen schon die Worte des Gesetzes, welche ohne Unterscheidung jedem Betheiligten in gleicher Weise die Anrufung des Richters zum Behuf der Feststellung des Umfangs der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen vorbehalten. Sodann aber wäre mit der Einschiebung einer Provokationsklage nicht einmal etwas gewonnen. Denn die Klage des prinzipal Baupflichtigen könnte nur darauf, daß er keine weiteren zu kirchlichen Baukosten verwendbaren Mittel, als von der Verwaltungsbehörde festgesetzt worden, besitze, also auf das Anerkenntniß der Nichtexistenz einer Verbindlichkeit des prinzipal Baupflichtigen, mit einer höheren als der von der Verwaltungsbehörde festgesetzten Summe für kirchliche Bauzwecke einzutreten, gerichtet werden, welcher Klage dasselbe Bedenken entgegengehalten werden könnte, welches der Gerichtshof zu Tübingen gegen die Statthaftigkeit einer Klage des subsidiär Baupflichtigen geltend gemacht hat. Die Ansicht des Gerichtshofs beruht wesentlich auf der Unterstellung, daß die Abfindung der Baulast des subsidiär Baupflichtigen den eigentlichen Gegenstand der durch den Art. 34 an den Civilrichter gewiesenen Klage bilde, in welchem Fall die Klage des prinzipal Baupflichtigen auf Entrichtung dieser Abfindung gerichtet seyn würde, während die Klage des

subsidiär Baupflichtigen, wie in der Ausführung des Gerichtshofs vorangestellt wird, als auf Anerkennung der Nichtexistenz zu Entrichtung eines Bauablösungskapitals gerichtet sich darstellen würde. Es ist jedoch oben gezeigt worden, daß die Frage, ob und welche Abfindung der subsidiär Baupflichtige zu entrichten hat, gar nicht zur Kompetenz des Civilrichters gehört, sondern dem Ressort der Ablösungsbehörden anheimfällt, und der Civilrichter lediglich zur Entscheidung der Frage von dem Umfang der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen zuständig ist, nur hierauf daher auch die Klage des Art. 34 gerichtet seyn kann. Damit ist der ganzen Ausführung des Gerichtshofs der Boden genommen, und ebendamit auch das gegen die Statthaftigkeit einer Klage des subsidiär Baupflichtigen erhobene, in jener unrichtigen Unterstellung wurzelnde Bedenken beseitigt.

II.

Fragmente.

Präjudizien des Obertribunals in Civilsachen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Interdictum retinendae possessionis. Verjährung.

Das Interdikt wegen Erhaltung des Besitzes verjährt, soferne damit der Anspruch auf Ersatz des durch die Besitzstörung erlittenen Schadens verfolgt wird, nach der Bestimmung der l. 1 pr. D. uti poss. (43, 17) „neque pluris, quam quanti res erit, intra annum — agere permittam“ durch Ablauf eines annus utilis von der Besitzstörung an. Doch findet, wie aus der Vergleichung dieser Bestimmung mit den Worten der l. 4 D. de interd. (43, 1) „de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post an-

num judicium dandum est" erhellt, auch in dieser Beziehung eine Klage nach dem Ablauf eines Jahres noch statt, wenn der Gegner durch die Störung Etwas gewonnen hat, und auf den Schutz im Besitze selbst bezieht sich, wie das Obertribunal in Uebereinstimmung mit der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller [1] und anderen Gerichten [2] stets angenommen hat, die Bestimmung der einjährigen Frist überhaupt nicht. Schutz im Besitze kann nur dann nicht mehr verlangt werden, wenn der Besitz wirklich verloren gegangen ist, da die Fortdauer des Besitzes die Voraussetzung für das fragliche Interdikt bildet. So lange aber der Kläger noch besitzt, steht ihm auch das Interdikt zu. Uebrigens würde es nicht einmal von praktischer Bedeutung seyn, wenn man auch annehmen wollte, daß wegen einer Besitzesstörung nach Ablauf eines Jahrs nicht mehr geklagt werden könne; denn ist die Störung vorüber und der Besitz nicht verloren gegangen, so wird der Besitzer keinen Anlaß haben, wegen jener alten Störung zu klagen. Erfolgt aber eine neue Störung, so ist nicht abzusehen, wie daraus, daß seit einer früheren jetzt gar nimmer in Betracht kommenden Störung mehr als ein Jahr abgelaufen ist, folgen sollte, daß das Interdikt nun auch wegen der neuen Störung ausgeschlossen seye.

Entsch. des Obertribunals v. 5. April 1843 in S. des Stift.-R. in W. c. Pfarrei Z.; vom 21. Juni 1852 in S. der St. H. W. c. B.; v. 25. Mai 1860 in S. Th. u. T. c. T. u. Gen.

---

[1] Savigny, Recht des Besitzes S. 492. Mühlenbruch, Pand. Thl. 2. §. 239 Note 13, 14. Mackeldey, Röm. Recht Bd. 2 §. 233 Note c. Sintenis, Civilrecht Bd. 1 S. 467. Arndts, Pand. §. 172. i. und Anm. 3. **Albert**, uti poss. §. 165. Rudorff, in d. Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XI. S. 335. Dagegen: Vangerow, Leitf. Bd. 1 S. 613 ff. Schweppe, röm. P. R. Bd. 3 §. 558.

[2] Vergl. die Entsch. eines G.-Hofs v. 12. Febr. 1840 bei Sarwey, Monatschr. Bd. 18 S. 455. Deßgl. ein Erk. des O.-App.-G. zu Darmstadt vom 21. Okt. 1856 im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 7. S. 136. Dagegen eine Entsch. des Jenaer O.-App.-G. eingeholt bei dem Spruchkoll. zu Heidelberg v. Nov. 1839 in Seuffert, Archiv, Bd. 7 Nro. 270.

2) Provisorische Maßregeln sind ohne Einfluß auf den Besitzstand.

Durch provisorische Verfügungen des Gerichts, welche bezüglich des Besitzstands getroffen werden, wird an diesem nichts geändert, da solche vorläufige Verfügungen keine definitive Regelung des Besitzstandes bezwecken, sondern denselben nur bis zur definitiven Entscheidung festzusetzen und dieser nicht vorzugreifen bestimmt sind [3].

Entsch. des Obertribunals v. 13. Juni 1845 in S. v. H. c. L. u. v. 25. Mai 1860 in S. Th. u. T. c. T.

3) Die Löschung des Unterpfands bewirkt für sich keine Erlöschung des Pfandrechts.

Wie die Löschung des Unterpfands (Art. 210 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825) und die Erlöschung desselben (Art. 123 des Pfandgesetzes) zwei verschiedene Dinge sind, so hört das Pfandrecht gegenüber vom Pfandschuldner nur durch den Eintritt einer der Voraussetzungen des Art. 123 zu bestehen auf, nicht aber ohne das Vorhandenseyn einer solchen Voraussetzung in Folge der Löschung. (Art. 222 des Pfandgesetzes und Hauptinstr. §. 269.) [4] Der Art. 123 zählt unter den Gründen der Erlöschung des Pfandrechts keineswegs die Löschung desselben im Unterpfandsbuche auf, und wenn sich auch die Frage aufwirft, ob nach vorschriftsmäßig vollzogener Löschung spätere Erwerber des Eigenthums oder eines Pfandrechts nicht gegen das frühere, aber gelöschte Pfandrecht gesichert sind, so würde, wenn diese Frage zu bejahen wäre, der Grund hievon nicht in der Erlöschung des Pfandrechts durch die Löschung, sondern in anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen zu suchen seyn, wonach Diejenigen, welche auf den Grund der öffentlichen Bücher,

---

[3] Martin, der bürg. Prozeß (11. Aufl.) §. 313 Note n. Derselbe, Vorles. II. S. 344. 439. Bayer, summar. Prozeß §. 69. III. S. 189. Sarwey, Monatschr. Bd. 18 S. 438.

[4] Bolley, Comm. Bd. 1 S. 549 in den Worten „jedoch wohl nur insofern . . .“

namentlich des Unterpfandsbuchs in gutem Glauben und beschwerendem Titel Pfand-, Eigenthums- oder andere Rechte erwerben, gegen noch bestehende, aber nicht eingetragene ihnen unbekannte Rechte und Ansprüche Dritter gesichert sind. (Pfandgesetz Art. 65, 66, 74. Gesetz vom 21. Mai 1828, Art. 15.)

Entsch. des Obertribunals v. 9. Mai 1860 in S. G. c. H.

4) Sicherstellung der Rechte der Cessionare durch Erhebung einer Klage gegen den abgetretenen Pfandschuldner.

Die Erhebung der Pfandklage gegen den Pfandschuldner oder den dritten Besitzer des Unterpfands von Seiten des Cessionars kann, da der Beklagte durch die Klage von der Cession der Pfandforderung in Kenntniß gesetzt wird, nicht weniger als eine außergerichtliche Anzeige der erfolgten Cession gelten, und hat der Cessionar auf diese Weise dem Besitzer der Unterpfänder die Cession angezeigt, so kann der ursprüngliche Gläubiger und Cedent mit der von ihm abgetretenen Forderung von da an keine giltige Verfügung mehr vornehmen. Der Cessionar einer mit Unterpfändern gesicherten Forderung wird nämlich gegen spätere Verfügungen des Cedenten nicht blos dadurch gesichert, daß er gemäß dem Art. 84 Abs. 1 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 die Vormerkung der Cession im Unterpfandsbuche bewirkt, sondern es hat nach Maßgabe des letzten Satzes des Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 85 des Pfandgesetzes eine Anzeige der Cession an den abgetretenen Schuldner oder die betheiligten Dritten, unter welche auch der dritte Besitzer eines Unterpfands fällt, diesen gegenüber die gleiche Wirkung, indem sie hiedurch aufhören, sich in gutem Glauben zu befinden, und betrüglich im civilrechtlichen Sinne des letzten Satzes des Abs. 1 des Art. 85 am Cessionar handeln würden, wenn sie trotz der ihnen von der Cession gemachten Anzeige, sey es durch Zahlungen an den Cedenten oder durch Annahme und Be-

nützung von Verfügungen des letzteren über die Forderung von dieser oder dem Pfandrechte sich befreien wollten[5]. Demgemäß kann weder der abgetretene Schuldner oder dritte Besitzer des Unterpfands, nachdem er durch Erhebung der Pfandklage von der Cession in Kenntniß gesetzt worden, mit dem Cedenten wegen des Nachlasses des fraglichen Pfandrechts eine giltige Uebereinkunft mehr treffen, noch der Cedent einseitig auf dieses Pfandrecht mit der Wirkung der Befreiung des abgetretenen Schuldners oder dritten Besitzers des Unterpfands verzichten, noch können die letzteren, ohne daß sie der Vorwurf der Arglist trifft, auf einen solchen Verzicht des Cedenten sich berufen, nachdem dieser zur Zeit des Verzichts seine Rechte bereits einem Dritten abgetreten, und dieser die Abtretung vor dem Verzicht durch die Erhebung der Pfandklage zur Kenntniß des Pfandschuldners gebracht hat.

Entsch. des Obertribunals vom 9. Mai 1860 in S. G. c. H.

5) Vergleichsanfechtung wegen Irrthums.

Wie schon aus der Natur des Vergleichs folgt, welcher stets das Vorhandenseyn eines streitigen oder zweifelhaften und ungewissen Rechtsverhältnisses voraussetzt und dessen vertragsmäßige Feststellung mit Abschneidung von weiteren, auf Beseitigung und Aufklärung der Ungewißheit abzielenden Erörterungen zum Zweck hat, und wie auch die Gesetze bestätigen[6], kann der Irrthum bei dem Vergleiche, sofern er die durch denselben festgestellten Punkte und Verhältnisse, also den Gegenstand des Vergleichs betrifft, nicht in Betracht kommen, und nur wenn er sich auf Thatumstände bezieht, welche die Parteien bei Eingehung des Vergleichs als gewiß vorausgesetzt, und zur Grundlage und wesentlichen Voraus=

[5] Bolley, Comm. Bd. 1 S. 280 ff.

[6] c. 2. 19. 29 Cod. de transact. (2,4.) l. 78 §. 16 D. ad S. C. Trebell. (36,1.)

setzung des Vergleichsabschlusses gemacht haben, Berücksichtigung finden [7].

Entscheidung des Obertribunals v. 9. Juni 1841 in S. M. c. St. [8]; v. 5. August 1842 in S. P. c. R.; v. 11. Sept. 1858 in S. des Pfarrers Sch. zu R. c. den Grafen v. J. auf G.; v. 16. Sept. 1859 in S. M. c. G. Sp. u. Comp.

6) Streitverkündigung ist **nur** in Eviktionsfällen nothwendig, und selbst dann kann sie ausnahmsweise unterbleiben.

a) Nur in Eviktionsfällen ist die Streitverkündigung regelmäßig nothwendig und die formelle Bedingung eines künftigen Entschädigungsanspruchs [9]. Denn die Gesetze schreiben die Litisdenunciation nur im Falle der Eviktion, d. h. nur alsdann vor, wenn eine Sache, sey es ganz oder theilweise dem Besitzer, der sie aus irgend einem onerosen Titel erworben hat, von einem Dritten vermöge des diesem zustehenden (stärkeren) Rechts durch richterliches Erkenntniß ab- und dem Dritten zugesprochen wird; also nur in solchen Fällen,

---

[7] l. 3 §. 1. l. 12 in f. D. de transact. (2,15.) c. 42 Cod. de transact. (2,4.) l. 36 in f. de famil. ercisc. (10,2.)

[8] Diese Entscheidung ist auch mitgetheilt in Sarwey, Monatschr. Bd. 16. S. 112 und Seuffert, Archiv Bd. 3 Nro. 323. — Uebereinstimmend ist eine Entsch. des O.-A.-G. zu Jena v. 20. Juni 1856 in Seuffert's Archiv Bd. 13 Nro. 142.

[9] Daß die Litisdenunciation im Eviktionsprozesse zur Erhaltung des Regreßrechts in der Regel erfolgen müsse, kann als die herrschende Ansicht angenommen werden; doch war diese Frage von jeher bestritten und es wird die Ansicht, daß die Streitverkündigung das Regreßrecht dem Auktor gegenüber nach gemeinem Recht nicht bedinge, und die Folge der Unterlassung nur die seye, daß derjenige, dem die Sache evincirt worden, dem Regreßpflichtigen gegenüber das bessere Recht des Evincenten nachweisen müsse, von Fuchs, (Privatdocenten zu Marburg) im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 2 S. 348 ff. u. 371 ff. wieder vertheidigt und ausführlich zu begründen gesucht. Nach der Bestimmung des württ. Landrechts Thl. II. Tit. 15 §. 3 steht jedoch außer Zweifel, daß in Eviktionsfällen die Streitverkündigung der Regel nach eine Bedingung der Eviktionsleistung ist.

wo der nächste und einzige Grund des Anspruchs auf Schadloshaltung der gegen den Dritten verlorene Evictionsprozeß ist [10]. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift von eigentlichen Eviktionsprozessen auf andere Regreßfälle, in welchen nicht der gegen den Dritten verlorene Prozeß allein den Grund der wider den Mitkontrahenten erhobenen Entschädigungsklage bildet, letztere vielmehr hievon unabhängig in dem zwischen den Kontrahenten eingegangenen Vertragsverhältniß ihre Begründung findet, ist weder in den Gesetzen enthalten, noch durch Analogie gerechtfertigt. Auch das württembergische Landrecht kennt eine solche Ausdehnung nicht, beschränkt vielmehr die Pflicht zur Streitverkündigung — wie das römische Recht — auf den Fall der Eviktion, wie dies auch schon im ersten und zweiten Landrecht der Fall war [11].

Entsch. des Obertribunals vom 14. Juni 1860 in S. der Leihkasse H. c. M.

Daß die Litisdenunciation in anderen als auf der Eviktionsleistungsverbindlichkeit beruhenden Regreßfällen zwar zulässig, aber nur räthlich, nicht nothwendig seye, wird neuerdings und gewiß mit gutem Grunde — sowohl in der Praxis wie in der Theorie, ziemlich allgemein angenommen [12]. Die Ver-

---

[10] l. 29 §. 2 l. 53 §. 1 l. 55 §. 1. l. 56 §. 5. 6. l. 62 §. 1. l. 74 §. 2. D. de evict. (21,2.) c. 8. 9. Cod. de evict. (8,45.) Landrecht Th. II. Tit. 15 §. 3. Thibaut, Pand. §. 491. Puchta, Vorles. §. 362 S. 204. Glück, Comm. Bd. 20 S. 389 f. Scheurlen, Civilprozeß §. 98. S. 324.

[11] Landrecht Thl. II. T. 15 §. 3—6. Reyscher, Ges.-Samml. Bd. 4 S. 305. 306. vergl. mit S. 171 Note 285. Faber, Landrechtsakten S. 193—198. 288.

[12] Gensler, im Archiv für civ. Pr. Bd. 4. S. 183 ff. Dunke, ebendas. Bd. 10 S. 362 ff. Fuchs, im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 2 S. 388 ff. Bayer, Vorträge, S. 55. Schmid, Civilproz. Bd. 1 S. 163 ff. Heffter, Syst. §. 501. Fischer, Lehre von der Streitverkündigung S. 60. Gesterding, Ausbeute rc. S. 349. Scheurlen, Civilproz. Bd. 1 S. 324. Anderer Meinung sind Klaproth, Einl. in d. ord. Proz. §. 461. Gönner, Erört. Nr. 39 und Handb. Bd. 1 Nr. XVII. §. 2—3. Linde, Civilproz. §. 112 n. 5. Reinhardt Civilproz. Bd. 1 S. 159. Mühlenbruch, Cession S. 626 Note 193.

pflichtung zur Litisdenunciation setzt stets die Verbindlichkeit des Dritten zur Defension eines von diesem übertragenen Rechts voraus, eine solche Verbindlichkeit existirt aber in anderen als Eviktionsfällen nicht. Zahlt z. B., sagt Fuchs [13], der Bürge, ohne es auf einen Prozeß ankommen zu lassen, so handelt er, wenn er sich im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt hat, dessen Anweisung gemäß und hat deshalb ein Recht auf Indemnisation. Läßt er sich dagegen vom Gläubiger auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit belangen, so kann er von seinem Mandanten, dem Hauptschuldner, eine Defension nicht beanspruchen, da in dessen Auftragsertheilung zugleich das Bekenntniß der Hauptverpflichtung enthalten ist. Verliert er diesen Prozeß und wird er zur Zahlung verurtheilt, so ist in seiner rechtlichen Beziehung zum Hauptschuldner nichts geändert und in dem Regreßprozesse bildet die Begründetheit der Prinzipalobligation selbst nicht ein Fundament des Indemnisationsanspruchs des Bürgen, vielmehr beruht dieser auf der Ertheilung des Auftrags und der obligationsmäßigen Erfüllung desselben. Es läßt sich deßhalb ohne totale Verkennung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Bürgen und Prinzipalschuldner nicht behaupten, daß jener durch Unterlassen der Streitverkündigung seinen Regreßanspruch an diesen einbüße. Hat der Bürge ohne Auftrag des Hauptschuldners beim Gläubiger intercedirt und sich von diesem belangen lassen, so kann von einer Berechtigung des Bürgen, beziehungsweise Verpflichtung des Hauptschuldners zur Theilnahme des Letzteren am Rechtsstreite noch weniger die Rede seyn, da zwischen beiden ohne erfolgte Ratihabition des Prinzipalschuldners ein Obligationsnexus noch gar nicht existirt.

b) Auch im Eviktionsprozesse bildet übrigens die Verpflichtung zur Litisdenunciation nur die Regel, welche in einzelnen Fällen Ausnahmen erleidet [14], und zwar gilt dies

---

[13] A. a. O.

[14] Thibaut, Pand. §. 491. Glück, Comm. Bd. 20. S. 398 ff. Sintenis, Civilrecht Bd. 2 S. 635 f.

auch nach württemb. Rechte, soferne das Landrecht Thl. II. Tit. 15, §. 3. in dieser Beziehung keine von dem gemeinen Rechte abweichende Bestimmung enthält. Insbesondere hat das Obertribunal stets daran festgehalten, daß die Unterlassung der Streitverkündigung einem Eviktionsanspruche dann nicht entgegenstehe, wenn die Streittheilnahme nach Lage der Sache am Ausgang des Vorprozesses doch nichts geändert hätte [15].

Entsch. des Obertribunals v. 19. April 1831 in S. B. c. M. v. 9. März 1860 in S. G. c. K.

7) Klagerecht des Assignatars gegen den Bürgen des Assignaten.

Wie der Cessionar kann auch der Assignatar das ihm übertragene Recht klagend verfolgen [16], und wie bei der Cession mit der cedirten Forderung, wenn nichts Besonderes bestimmt worden ist, auch die accessorischen Rechte auf den Cessionar übergehen [17], so muß auch bei der Assignation im Zweifelsfall angenommen werden, daß der Assignatar ermächtigt seyn solle, von den mit der assignirten Forderung verbundenen accessorischen Rechten Gebrauch zu machen, also namentlich auch den Bürgen in Anspruch zu nehmen, indem dieß der Zweck der Assignation mit sich bringt, der darin besteht, daß der Assignatar die ihm angewiesene Summe zum Einzug bringe und sich davon bezahlt mache, wonach derselbe, wenn er von dem Hauptschuldner keine Bezahlung erhalten kann, befugt seyn muß, sich auch an den Bürgen zu halten.

Entsch. des Obertribunals vom 8. Mai 1858 in S. der Hospitalpfl. N. g. A.

---

[15] Reinhardt, Comm. Bd. 1 S. 274. Hufnagel in Sarwey's Monatschr. Bd. 1 S. 512. Neuffer, Zeitschr. Bd. 2 S. 203-206. 207. Daß die Streittheilnahme des Auktors am Ausgange des Eviktionsprozesses nichts hätte ändern können, dem Evincenten somit wirklich ein besseres Recht zustand, hat jedoch derjenige, dem die Sache evincirt worden, dem Regreßpflichtigen gegenüber zu erweisen. Vergl. Fuchs, a. a. O. S. 371 ff.

[16] Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. 13 Nro. 141.

[17] l. 23 D. de her. vel. act. vend. (18,4.)

8) Klage auf Rechnungsstellung [18].

a) Der zur Rechnungsablage Verpflichtete hat seine Verbindlichkeit nicht schon durch die Uebergabe irgend eines Rechnungswerks, sondern nur dann erfüllt, wenn die von ihm abgelegte Rechnung an keinen formellen Mängeln leidet und sich äußerlich als eine vollständige darstellt. Denn da der Zweck der abzulegenden Rechnung ist, vollständige Rechenschaft über die Art und Weise der Verwaltung zu gewähren, so hat die Rechnung eine genaue, vollständige, fortlaufende, geordnete und mit Angabe der Zeit versehene Aufzählung sämmtlicher Einnahmen und Ausgaben während der ganzen Rechnungsperiode, unter spezieller Angabe der einzelnen Posten und unter Anschluß der erforderlichen Beweise und Belege, zu enthalten. Entspricht die übergebene Rechnung diesen Erfordernissen nicht, so ist damit der Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung nicht genügt, und es kann auf Stellung einer anderen Rechnung geklagt werden.

b) Ist jedoch die abgelegte Rechnung in formeller Beziehung nicht zu beanstanden, ist sie geordnet, mit Belegen versehen und ihrer äußeren Erscheinung nach vollständig, so kann die Stellung einer anderen Rechnung aus dem Grunde der materiellen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der einzelnen Rechnungssätze, weil insbesondere der Rechnungspflichtige im Einzelnen mehr eingenommen habe oder einzunehmen gehabt hätte, als in die Rechnung aufgenommen worden, nicht verlangt werden. Denn die materielle Seite der Rechnung ist kein Gegenstand des lediglich die Stellung einer formgerechten, formell vollständigen Rechnung bezweckenden Präjudizialverfahrens, sondern setzt die Anstellung einer neuen Klage auf Berichtigung des angeblichen Guthabens des Klägers voraus, worin es die-

---

[18] Seuffert, Archiv Bd. 1 Nro. 274. Bd. 10 Nro. 63. Bd. 12 Nro. 238. Reuffer, Zeitschrift Bd. 1 S. 373. Dieses Archiv Bd. 3 S. 189.

sem freisteht, die einzelnen Positionen der gestellten Rechnung als unrichtig anzufechten, und seine Behauptung, daß der Beklagte weitere in der Rechnung nicht enthaltene Einnahmen gehabt habe, näher darzulegen und zu erweisen.

Entsch. des Obertribunals v. 27. Okt. 1855 in S. G. c. P.[19] u. v. 27. Juni 1860 in S. Sch. c. K.[20]

9) Unstatthaftigkeit einer Schadenersatzklage ohne gleichzeitige Liquidation des Schadens; §. 66 des IV. Edikts.

Für die Regel kann die Frage von dem Bestehen einer persönlichen Verbindlichkeit für sich allein nicht Gegenstand einer gerichtlichen Klage seyn, sondern es muß dieselbe auf die konkreten Leistungen, welche die klagende Partei in Folge des fraglichen Rechtsverhältnisses von der beklagten Partei ansprechen zu können glaubt, gerichtet werden, wie denn auch der §. 66 des IV. Edikts in Uebereinstimmung hiemit ausspricht, daß in der Regel durch jede Entscheidung genau bestimmt werden müsse, nicht nur ob die Parteien einander Etwas zu leisten haben, sondern auch worin dieß bestehe. Unstatthaft ist daher eine Klage, welche nur im Allgemeinen auf das Anerkenntniß des Bestehens einer Schadenersatzverbindlichkeit gerichtet ist. Dieß gilt auch für den Fall, wenn die Klage zwar darauf gerichtet wird, daß der Beklagte wegen des durch ihn verschuldeten Schadens Entschädigung zu leisten verbunden seye, der Schaden aber nicht liquidirt und ein Antrag auf eine bestimmte Leistung nicht gestellt wird. Denn in diesem Falle stellt sich die Klage nur dem Namen nach als auf ein Leisten gerichtet dar, der wirkliche Zweck der Klage aber ist nicht, die Verurtheilung des Beklagten zu einer

---

[19] Diese Entsch. ist vollständig abgedruckt in Seuffert's Archiv Bd. 10 Nro. 63.

[20] Die Entsch.-Gr. des G.-Hofs in Ulm in dieser Sache sind abgedruckt in der Zeitschr. v. Neuffer a. a. O.

bestimmten Leistung zu erwirken, sondern lediglich der, einen Ausspruch darüber, daß der Beklagte durch seine schuldhafte Handlung dem Kläger überhaupt schadenersatzpflichtig geworden, herbeizuführen. Dieß ist aber der Sache nach nichts Anderes, als die Klage auf Anerkennung der Existenz einer persönlichen Verbindlichkeit [21]. Nun kann zwar nach heutigem Rechte unter Umständen ausnahmsweise auch auf Anerkennung des Bestehens einer persönlichen Verbindlichkeit geklagt, und die Feststellung des Daseyns einer Verbindlichkeit, ohne weitere, einem künftigen anderen Rechtsstreit vorbehaltene, Folgerungen aus dieser Feststellung verlangt werden. Allein es setzt dieß wesentlich voraus, daß im einzelnen Falle ein rechtliches Interesse des Klägers bestehe, die Herbeiführung eines abgesonderten Erkenntnisses über das Bestehen der Verbindlichkeit für sich zu erwirken, und es hat der Kläger das Vorhandenseyn eines solchen Interesse thatsächlich zu begründen und darzulegen, eben weil die Statthaftigkeit der Klage von dem Bestehen des Interesse abhängt [22]. Der Umstand allein, daß dem Kläger derzeit noch nicht möglich ist, seinen angeblichen Schaden zu liquidiren, genügt daher nicht, um ihn zu einer Klage auf vorläufige Feststellung der Schadenersatzverbindlichkeit überhaupt zu berechtigen, vielmehr hat derselbe ein besonderes rechtliches Interesse bei dieser vorläufigen Feststellung darzuthun, und vermag er dieß nicht, so hat er mit seiner Klage zu-

---

[21] Vergl. auch Hufnagel, Mitth. Bd. 2 S. 281 ff. Die S. 289 angeführte Entscheidung des Obertribunals v. 6. April 1847 steht nicht entgegen, da hier die Frage, ob eine allgemein auf Erfüllung eines Vertrags gerichtete Klage als statthaft zu erachten sey, dahin gestellt gelassen wurde.

[22] Sarwey, Monatschr. Bd. 16 S. 177. f. S. 185 ff. S. 201. Bd. 19 S. 14 ff. Hufnagel, a. a. O. S. 9 ff. Seuffert, Archiv Bd. 3 Nro. 304, 305, 306. Bd. 7. Nro. 298 Bd. 8 Nro. 247. Bd. 13 Nro. 19. Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2 S. 413, 421. Arndt's, Pand. §. 97 Anm. 3. Bähr, die Anerkennung als Verpfl.-Grund S. 279 ff.

zuwarten, bis er seinen Schaden zu liquidiren und auf den Ersatz dieses zu liquidirenden Schadens zu klagen im Stande ist.

Die Bestimmung in Ziff. I. Abs. 2 des §. 66 des IV. Edikts, wonach ausnahmsweise dem Richter gestattet ist, erst nach Entscheidung der Hauptvorfrage ein besonderes Verfahren über die Größe der Forderung einzuleiten, kann für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage ohne gleichzeitige Liquidation des Schadens nicht angeführt werden. Denn diese Bestimmung gibt keine Norm für die Beantwortung der Frage von der Statthaftigkeit einer Klage, sondern enthält nur eine prozessualische Vorschrift für das Verfahren über die Klage, und setzt die Anstellung einer statthaften Klage voraus, welche die Bedingung für jedes Verfahren ist [23]. Bei der Prüfung der Statthaftigkeit einer Klage kommt daher die Bestimmung des §. 66 überall nicht in Betracht, vielmehr kann es sich von Anwendung dieser Bestimmung erst dann handeln, wenn die angestellte Klage zuvor als statthaft erkannt worden (vgl. auch Nr. 22).

Entsch. des Obertribunals vom 22. Juni 1860 in S. F. c. R.

10) **Zur Klagbarkeit eines Schiedsvertrags gehört die Bestimmung der Person der Schiedsrichter; die vorgängige Annahme der Wahl von Seiten der letzteren wird jedoch nicht erfordert.**

Zur Bestellung eines Schiedsgerichts ist eine doppelte Uebereinkunft erforderlich,

a) ein Vertrag zwischen den Parteien, wodurch sich dieselben mit einander dahin vergleichen, daß ihre Strei-

[23] Mit Unrecht wird daher von Hufnagel a. a. O. S. 291 f. für die Zuläßigkeit einer nur im Allgemeinen auf Erfüllung eines Vertrags gerichteten Klage der §. 66. des IV. Edikts geltend gemacht. Vergl. auch Neuffer, Zeilschrift Bd. 2 S. 207 ff.

tigkeit [24] durch eine bestimmte Person als Schiedsrichter, oder durch mehrere vereint [25], entschieden werden solle; der Schiedsvertrag selbst, das Komprommiß;

b) ein Vertrag zwischen den Parteien einer= und dem von ihnen gewählten Schiedsrichter andererseits, wodurch sich dieser zur Annahme der auf ihn gefallenen Wahl und zur Entscheidung der Sache verpflichtet; das s. g. receptum.

ad a) Wesentlich bei dem ersteren Vertrage ist die Bestimmung der Person des oder der Schiedsrichter. Ein Vertrag zwischen den Parteien, welcher bloß dahin geht, daß ihre Streitigkeit überhaupt durch Schiedsrichter entschieden werden solle, ohne eine Vereinigung auf die bestimmte Person der Schiedsrichter, ist eine unvollständige der Vollziehbarkeit ermangelnde Uebereinkunft, ein bloßes pactum de compromittendo, welchem eine rechtsverbindliche Wirksamkeit und Klagbarkeit nicht beigemessen werden kann [26].

Die Wahl der Schiedsrichter ist bei der Eingehung eines Schiedsvertrags die Hauptsache und dieselbe ist, neben dem, daß die Kompromittenten sich über die intellektuellen Fähigkeiten und die besonderen, zu richtiger Beurtheilung der Eigenthümlichkeiten der zu entscheidenden Streitfälle erforderlichen, Kenntnisse der zu wählenden Schiedsrichter

---

[24] Ob ein Schiedsvertrag auch bezüglich künftiger Streitigkeiten mit Wirkung eingegangen werden könne, ist zwar auf den Grund der l. 46 D. de receptis (4,8.) in der Theorie nicht unbestritten, (vergl. Puchta, Pand. §. 296. Glück, Comm. Bd. 6. S. 73) in der Praxis wird aber die Giltigkeit solcher Schiedsverträge mit gutem Grunde unbedenklich angenommen. André, gemeinrechtl. Grundzüge der Schiedsgerichte (1860) §. 4 S. 26 ff.

[25] Das römische Recht kennt als Schiedsrichter nur bestimmte physische Personen; nach heutigem Recht kann auch auf öffentliche Behörden, namentlich Gerichte kompromittirt werden. André, a. a. O. §. 3 S. 24 f. Seuffert, Archiv Bd. 10 S. 296.

[26] Doch versteht es sich von selbst, daß wenn nachher wirklich zur Wahl geschritten wird, und die Parteien sich über die Person des Schiedsrichters einigen, dadurch der Vertrag perfekt und klagbar wird.

zu vergewissern haben werden, überhaupt Sache des persönlichen Vertrauens. Außer einigen wenigen negativen Bestimmungen über Gründe oder Unfähigkeit zum Schiedsrichteramte gibt es keine dispositiv gesetzlichen Bestimmungen darüber, was für den Fall einer unvollständigen Beredung über die Niedersetzung eines Schiedsgerichts Rechtens seyn solle, vielmehr bringt es die Natur der Sache und die Mannigfaltigkeit der hiebei in Rücksicht kommenden Interessen mit sich, daß hinsichtlich der Bestellung eines Schiedsgerichts durchaus Alles der freien Entschließung der Betheiligten anheim gestellt ist. Ob nur Ein Schiedsrichter durch Einigung über seine Person, ob mehrere, gleichfalls im Wege gegenseitiger Uebereinkunft über ihre Person, oder solche von jedem Theil, unabhängig von einer Zustimmung des Gegentheils, zu bestellen seyen, welchen Standes und Berufs die Schiedsrichter seyn sollen, dieß Alles beruht an sich lediglich auf der freien Disposition der Betheiligten. Mit der bloßen Verabredung, eintretenden Falls ein Schiedsgericht niedersetzen zu wollen, haben sich die Betheiligten dieser unbeschränkten Freiheit in ihrer Entschließung noch keineswegs begeben. Wenn es nun zum Wesen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses gehört, daß die Willkühr der Selbstbestimmung in der betreffenden Beziehung einer äußern Nothwendigkeit unterworfen werde, so müßten, um einer solchen vorläufigen Beredung eine bindende Wirkung zu verleihen, die Kontrahenten zum mindesten über bestimmte Normen übereingekommen seyn, wodurch die Art der Zusammensetzung des Schiedsgerichts auf eine die Willkühr der Wahl und beziehungsweise der Verwerfung ausschließende Weise vorgezeichnet wäre. In Ermangelung solcher näheren Bestimmungen bleibt es auf der einen Seite zweifelhaft, ob die Betheiligten der fraglichen Verabredung überhaupt nur die Bedeutung eines sie bindenden Willensaktes beigemessen haben, jedenfalls würde es einer solchen Absicht an der erforderlichen Reife gebrechen, bevor die Kontrahenten darüber, wie solche in's Werk

zu setzen, in's Klare gekommen sind, und auf der anderen Seite fehlt es dem Richter an einem Anhaltspunkte dafür, nach welcher Richtschnur die Betheiligten in Herbeiführung des beabsichtigten Zwecks sich zu achten hätten, und an einer Norm zu Handhabung eines richterlichen Zwangs, während es ein unbefugter Eingriff in die Privatrechtssphäre wäre, wenn der Richter ohne positive gesetzliche oder vertragsmäßige Ermächtigung hiezu das von den Parteien unbestimmt Gelassene nach seinem Gutdünken ergänzen wollte. Eine solche richterliche Ergänzung des Wahlrechts ist zwar in prozessualischen Verhandlungen zuläßig, nicht aber wenn es sich von Ergänzung eines unbestimmten und unvollständigen Vertrags zwischen den Parteien handelt.

Wie überhaupt vorläufige Beredungen über die Eingehung eines Vertrags, wobei die zu machende Leistung unbestimmt geblieben ist, für rechtlich wirkungslos zu halten sind, so muß daher insbesondere auch einer blos allgemeinen Verabredung, eintretenden Falls ein Schiedsgericht bestellen und dessen Spruch sich unterwerfen zu wollen, ine zwangsrechtliche Wirksamkeit und die Klagbarkeit abgesprochen werden[27].

Die Bestimmung des Art. 27 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825, auf welche sich schon dafür, daß auch im Falle einer solchen allgemeinen Verabredung die Kontrahenten zur Erfüllung des von ihnen abgeschlossenen Vertrags gezwungen werden können, berufen worden ist, paßt nicht hieher. Denn wenn in dieser Gesetzesbestimmung von dem Zwang zur Verrichtung einer Arbeit die Rede ist, welche auch von jedem Dritten vorgenommen werden kann und deren Interesse sich nach einem gemeinen Werth ermitteln läßt, so ist es klar, daß für Ernennung eines

---

[27] Puchta, Pand. Vorles. Bd. 2. S. 159. Seuffert, Pand. R. §. 375 Note 1 a. Sintenis, Civilrecht Bd. 2 S. 488. Hofacker, Motive zu dem Entwurf eines Handelsges.-Buchs S. 693. 694. André, a. a. O. S. 29. ff.

Schiedsrichters diese Voraussetzungen in keiner Weise zutreffen, folglich diese Handlung auch nicht unter jene Gesetzesbestimmung subsumirt werden kann.

Entsch. des Obertribunals v. 26. Mai 1857 in S. R. c. K. u. v. 19. Januar 1858 in S. B. c. J.

Da man in der Literatur über die Giltigkeit der Schiedsverträge in fraglicher Richtung nur wenig findet, dürfte es nicht ohne Interesse seyn, die mit vorstehenden Entscheidungen im Ergebniß zusammentreffende Ansicht des neuesten Schriftstellers über Schiedsverträge, des Obergerichtsanwalts Dr. W. André in Osnabrück[28], hier mitzutheilen, welche im Wesentlichen dahin geht: Nach römischem Recht ist die Bestimmung der Person des Schiedsrichters ein wesentlicher Theil des ganzen Vertrags, ein Vertrag ohne diese Bestimmung daher noch nicht definitiv abgeschlossen und für keinen Theil verbindlich. Eine solche Verabredung kann vernünftiger Weise nicht so gemeint seyn, daß jede der Parteien eine ganz beliebige Person zum Schiedsrichter ernennen könne. Will man aber gegen die getroffene Wahl Einwendungen zulassen, so steht man nicht mehr auf dem Boden des römischen Rechts, welches zwar auch Einwendungen gegen die Person des Schiedsrichters zuläßt, aber nur solche, welche nach vorausgegangener Verständigung über die Person des Schiedsrichters denselben als unfähig darstellen. An dieser Sachlage wird durch die Aufstellung gewisser objektiver Erfordernisse oder die Zulassung einer gewissen Kategorie von Einwendungen gegen die Person des Schiedsrichters nichts geändert, zumal auch durch solche Zusätze immerhin nur einigen Uebelständen abgeholfen würde. Auch ändert es hierin nichts, wenn einem Dritten die Ernennung eines oder aller Schiedsrichter überlassen wird. Bei Geldverhältnissen und in ähnlichen Beziehungen zwar kann das arbitrium boni viri die Bestimmung der Parteien ersetzen, indem die Parteien auf

---

[28] A. a. O. §. 5. S. 29 ff.

einen Schiedsmann (arbitrator) rekurriren, dessen Ausspruch im Falle offenbarer Unbilligkeit einer reductio ad arbitrium boni viri unterworfen ist. Allein von einer solchen reductio hinsichtlich der Wahl eines Schiedsrichters kann keine Rede seyn, weil diese Wahl allein Sache des persönlichen Vertrauens ist, und dabei ein objektiver Maßstab, wonach sich allenfalls der Werth einer kontraktlichen Leistung bestimmen läßt, unanwendbar seyn muß. Auf die deutschrechtliche allgemeine Giltigkeit der Verträge kann man die fragliche Ausdehnung des Schiedsvertrags nicht stützen, indem hiedurch nur der Unterschied hinsichtlich der römischen Kontraktformen beseitigt ist und die Natur der Sache spricht für das Festhalten an dem römischen Standpunkte. Denn der wesentliche Nutzen und die eigentliche Bedeutung des schiedsrichterlichen Verfahrens liegt in dem Vertrauen der Parteien zu dem Schiedsrichter. Dieser muß möglichst freie Hand behalten, um über Verwicklungen und Formalitäten, die im gewöhnlichen Prozeßgang unvermeidlich sind, hinwegzukommen, und hiezu gehört das volle Vertrauen beider Parteien, daß er die Sache zweckmäßig und gut einrichten werde. Ein solches Vertrauen setzt aber eine gegenseitige Verständigung der streitenden Parteien über die Person des Schiedsrichters voraus. So lange diese nicht erfolgt ist, stellt sich daher die allgemeine Uebereinkunft der Parteien, ihre Streitigkeit durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, lediglich als ein Versuch zur Erzielung eines Schiedsvertrags dar, und ein bindender Vertrag liegt erst vor, wenn nachher wirklich eine Verständigung über die Person der Schiedsrichter zu Stande kommt.

ad b) Haben sich die Parteien über einen bestimmten Schiedsrichter geeinigt, so ist der Schiedsvertrag perfekt und klagbar, wenn auch der gewählte Schiedsrichter über die Annahme der Wahl sich noch nicht erklärt hat. Den Worten nach könnte es zwar scheinen, daß das Obertribunal in der oben erwähnten Entscheidung vom 19. Januar 1858 von einer anderen Ansicht ausgegangen seye, indem hier gesagt

worden ist, daß zur Wirksamkeit eines Kompromisses zwei Erfordernisse, die Vereinigung der Parteien auf die Person des Schiedsrichters und die Annahme des Schiedsrichteramts von Seiten des letzteren, gehören, und wenn es an einem oder dem andern fehle, weder ein Mittel vorhanden seye, einen schiedsrichterlichen Spruch zu erwirken, noch eine Zwangspflicht der Parteien, einem solchen Folge zu geben. Allein hiemit wollte obige Frage nicht entschieden werden, wozu auch kein Anlaß vorlag, da es in dem fraglichen Falle schon an der Einigung über eine bestimmte Person als Schiedsrichter fehlte. Dagegen bestätigt André[29] den von mir vorangestellten Satz, indem derselbe, nachdem er zuvor ausgeführt, daß der Schiedsvertrag zwar nicht nach römischem, wohl aber nach heutigem Rechte eine Einrede gegen die Geltendmachung der fraglichen Streitsache bei dem ordentlichen Gerichte gebe, weiter sagt, daß zur Begründung dieser Einrede weiter nichts als die Bezugnahme auf den abgeschlossenen Schiedsvertrag gehöre. Daß der Schiedsrichter sich verpflichte, das Urtheil abzugeben, begründe zwar ein besonderes Verhältniß zwischen ihm und den Parteien, bilde aber keinen nothwendigen Theil des Schiedsvertrags. Man dürfe sich daher nicht durch die in vielen Lehrbüchern gewählte Fassung zu der Annahme verleiten lassen, als müsse neben dem Schiedsvertrage auch noch behauptet werden, daß der Schiedsrichter sich zur Ausrichtung seiner Thätigkeit verpflichtet habe, woraus folgen würde, daß jede Partei, bis dieß geschehen, vom Schiedsvertrag abgehen könnte. Dieß seye im römischen Recht so wenig gesagt, daß vielmehr aus dessen Bestimmungen das Gegentheil folge. Wenn nämlich der Schiedsvertrag durch eine Strafbestimmung gesichert seye, und sich nun die eine Partei, ohne eine Erklärung des Schiedsrichters abzuwarten, an das Gericht wende, so verfalle sie nach l. 30 D. de receptis (4,8) ohne Zweifel ebensowohl in die bedungene Strafe, als wenn die gerichtliche Klage erst später, nachdem der Schiedsrichter die

---

[29] A. a. O. S. 23 f.

Sache übernommen, angestellt würde. Wenn freilich der Schiedsrichter sich von vornherein weigere, eine Entscheidung abzugeben, so werde, in Ermanglung eines Mittels zur Ausführung des Schiedsvertrags, dieser hinfällig, wie wenn der Schiedsrichter nachher aus irgend einem Grunde von der Verpflichtung zu entscheiden befreit oder zur Entscheidung unfähig werde. Derjenige, welcher die aus dem Schiedsvertrag abgeleitete Einrede beseitigen wolle, müsse aber seiner Seits behaupten und nachweisen, daß der Schiedsrichter die auf ihn gefallene Wahl nicht angenommen, oder nach Uebernahme der Sache ein Entschuldigungs- oder Unfähigkeitsgrund eingetreten seye.

11) Schadenersatzklage gegen einen Gemeindepfleger wegen unbefugten Verzichts auf ein Unterpfand; actio nondum nata.

Die Gemeinde E. hatte an Wendelin Sch. zu W. eine Darlehensforderung von 1180 fl., wofür ihr auf der Liegenschaft des Sch. ein Unterpfand bestellt war. Am 16. April 1849 erklärte der Gemeindepfleger B. seine Einwilligung, daß gegen Bezahlung von 290 fl. Kapital nebst den rückständigen Zinsen das der Gemeinde E. zustehende Pfandrecht an einem Theil der ihr verpfändeten Güter gelöscht werden dürfe, und in Folge dieser Erklärung erfolgte sofort auch die Löschung. Später kam der Schuldner Sch. in Gant, wobei die Gemeinde E. mit 223 fl. 33 kr. durchfiel. Diesen Verlust verlangte sie von dem Gemeindepfleger B. ersetzt, weil der von diesem ausgesprochene Verzicht auf einen Theil der Unterpfänder den Verlust herbeigeführt habe, zu diesem Verzicht aber der Gemeindepfleger ohne Einwilligung des Gemeinderathes nicht befugt gewesen seye, und daher, weil er die Einholung jener Einwilligung unterlassen, für die Folgen seiner eigenmächtigen Handlungsweise einzustehen habe. Das Obertribunal erkannte jedoch, daß die erhobene Klage zur Zeit nicht stattfinde. Denn, sagen die Motive, die ganze Ausführung der Klägerin bemüht sich darzuthun,

daß der Beklagte außerhalb des ihm zugewiesenen amtlichen Geschäftskreises gehandelt habe. Es wird daher nicht aus einem zwischen den Klägern und dem Beklagten bestandenen Mandatsverhältnisse geklagt, sondern eine Klage angestellt auf Ersatz eines Schadens, welcher der Klägerin durch die eigenmächtige Handlungsweise ihres Gemeindepflegers, des Beklagten, zugegangen seyn soll. Da aber der Beklagte nach dieser Klagbegründung selbst zu der Einwilligung in die Löschung der fraglichen Unterpfänder in seinem Amtskreise nicht befugt war, so folgt hieraus, daß zur Zeit ein Schaden für die Klägerin durch die unbefugte Handlung des Beklagten noch nicht entstanden ist, indem nach den Voraussetzungen der Klägerin der von dem Beklagten ausgesprochene Verzicht auf das Pfandrecht die Klägerin rechtlich nicht bindet, also ihr Pfandrecht noch fortdauert (Art. 70 und 222 des Pfandgesetzes von 1825) und wegen des im Gante des Sch. erlittenen Verlustes gegen die dritten Besitzer der verpfändeten Güterstücke verfolgt werden kann.

Entscheidung des Obertribunals v. 6. Juli 1858 in S. des Gemeindepfl. B. c. die Gemeinde E.

12) Haftung des Vormunds wegen ungenügend gesicherter Anlage von Pflegschaftsgeldern.

Wenn ein Vormund gegen ungenügende Sicherheit ein Kapital ausleiht, so steht das ganze Kapital, nicht nur der ungesicherte Mehrbetrag desselben, auf sein Risiko, und es hat der Vormund auch für zufällige, durch das Sinken der Güterpreise, durch unbekannte ältere Pfandschulden u. s. w. herbeigeführte Verluste in ihrem ganzen Umfange einzustehen, ohne eine Unterscheidung zwischen dem durch Unterpfänder gesicherten Theil und dem nicht gesicherten Mehr des angeliehenen Kapitals[30].

Entsch. des Obertrib. vom 24. Sept./22. Okt. 1859 in S. A. c. W.

---

[30] Die Begründung dieses von dem Obertribunal aufgestellten, nach meiner Ansicht jedoch erheblichen Bedenken unterliegenden, Satzes ist vollständig abgedruckt in Seufferts Archiv Bd. 13 Nro. 150, wo auch die entgegenstehende Ansicht der Minorität mitgetheilt ist, daher hier auf diese Ausführung verwiesen werden kann.

13) Befugniß des Ehemanns, mit dem Beibringen seiner mit ihm in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau eine remuneratorische Schenkung zu machen, insbesondere zu diesem Zwecke Aktivkapitalien abzutreten.

Wenn die Ehegatten in der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft leben, steht dem Ehemann das Recht zu, das Beibringen der Frau zu verwalten[31]. Vermöge dieses Verwaltungsrechts ist der Ehemann befugt, nicht bloß das beigebrachte Aktivvermögen der Frau zum Zweck der Erhaltung desselben zu beaufsichtigen, sondern er kann auch, wenn auch nicht auf ihren Namen privative Schulden kontrahiren, doch solche wirklich bestehende Verbindlichkeiten und Schulden derselben mit ihrem Beibringen giltig bezahlen. Hiezu ist jeder Verwalter fremden Vermögens berechtigt; es ist dieß, da solche Verwaltungen nicht bloß in der Fürsorge für das Aktivvermögen und dessen Ueberwachung, sondern auch in der Bereinigung und Abtragung der Schuldverhältnisse bestehen, einer der ersten ebenso natürlichen als nothwendigen Ausflüsse eines jeden Verwaltungsrechts und nicht abzusehen, wie von dem Verwaltungsrecht des Ehemanns nicht das Gleiche gelten sollte; wie denn auch der tägliche Verkehr zeigt, daß der Ehemann insoweit wenigstens die Frau ungehindert und unbeschränkt vertritt.

Hiebei läßt sich aber keine allzu scharfe Grenzlinie zwischen eigentlichen Privativschulden der Frau und den sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten und Ehrenschulden derselben ziehen; es würde dieß dem zwischen Mann und Frau bestehenden ehelichen Verhältniß, namentlich dem Verwaltungsrecht des Mannes, sowenig als dem Charakter solcher Ehrenschulden und der Art und Weise, wie sie im Leben mit Recht angesehen und behandelt werden, entsprechen. In solchen Beziehungen kann der Mann nicht allzusehr beschränkt seyn, und wie derselbe vermöge seines Verwaltungsrechts befugt ist,

[31] Landrecht Th. III. Tit. 7 §. 3; Art. 4 des Ges. v. 21. Mai 1828.

Aktivkapitalien der Frau zur Abtragung von privativen Verbindlichkeiten derselben zu verwenden, so muß dieß auch von sogenannten Ehrenschulden gelten, vorausgesetzt, daß sie nach Abwägung aller Verhältnisse in der That als solche sich darstellen, welche nach den im gewöhnlichen Leben üblichen Rücksichten und Gesetzen des Anstandes ꝛc. eine Honorirung verlangen, wobei es übrigens sowohl die Natur einer solchen Schuld, als das zwischen den Ehegatten bestehende Verhältniß in gleichem Maße mit sich bringt, daß das Ermessen des Mannes nicht allzusehr beschränkt seyn kann, sondern seiner freien und selbstständigen Beurtheilung ein angemessener Spielraum zu lassen ist, da ihm einmal das Recht zusteht, die Frau in solchen Beziehungen zu vertreten.

Im Hinblick auf diese Grundsätze ist es keine Ueberschreitung der Befugnisse des Ehemanns und der Grenzen seines Verwaltungsrechts, wenn derselbe für Dienste, welche seiner Ehefrau aus Gefälligkeit geleistet worden, eine Remuneration aus den Mitteln ihres Beibringens Ehrenhalber zu geben sich veranlaßt findet. Nur versteht es sich von selbst, daß der Ehemann hiebei ein billiges Maaß nicht überschreiten darf.

Entsch. des Obertribunals v. 4. Mai 1860 in S. Sch.'sche Erben c. F.

14) Die Verpflichtung der väterlichen und mütterlichen Ascendenten zur Alimentation der ehelichen Enkelkinder.

a) Nach der Bestimmung der l. 5 §. 1—5. D. de agn. et al. lib. (25, 3) begreift der Kreis der durch die Bande des Bluts zur Alimentirung dürftiger Descendenten Verpflichteten nicht nur den Vater und die Mutter, sondern auch deren Ascendenten, und zwar sind die Ascendenten der Mutter mit den väterlichen Ascendenten in gleicher Linie zur Alimentirung der Enkelkinder verpflichtet[32]. Zwar ist eine nam-

[32] Donellus, comm. jur. civ. L. 12 cap. 4 §. 9. (ed. Frankf. 1595 S. 15.) Glück, Comm. Bd. 28 S. 209—220. Thibaut, Pand. (8. Ausg.) §. 347. Schweppe, röm. Priv.-R. Bd. 4 §. 642. Sintenis, Civ.-R. Bd. 3 S. 139 Ziff. 6.

hafte Anzahl von Schriftstellern anderer Ansicht und für eine nur subsidiäre Verpflichtung der mütterlichen Ascendenten[33]. Allein es beruht diese Ansicht hauptsächlich auf der unrichtigen Auslegung einiger Stellen des römischen Rechts. Ausdrücklich ist die Frage in den römischen Rechtsbüchern nicht entschieden. Dagegen wird in der Eingangs citirten Hauptstelle, welche eigens und ausführlich von der gegenseitigen Alimentationspflicht zwischen Ascendenten und Descendenten handelt, und worin man daher eine Feststellung der rechtlichen Verschiedenheiten in der dißfälligen Verpflichtung erwarten durfte, die gegenseitige Alimentationspflicht abgesehen von den eigenthümlichen Wirkungen der väterlichen Gewalt abgehandelt und die Frage, ob nur der Vater und die väterlichen Ascendenten oder ob auch die mütterlichen Ascendenten zu ernähren seyen, dahin beantwortet: „et magis est, ut utrobique se judex interponat, ... et cum ex aequitate haec res descendat, charitateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet." Das Gleiche soll nach §. 3 hinsichtlich der Verpflichtung der Ascendenten gegen die Descendenten gelten. Der angeführte Grund der Verpflichtung, die charitas sanguinis, welcher bei den Ascendenten der mütterlichen wie der väterlichen Linie in gleicher Weise zutrifft, sowie der Umstand, daß hier über eine Reihenfolge zwischen den Ascendenten der väterlichen und mütterlichen Linie keinerlei Andeutung sich findet, sprechen dafür, daß soweit nicht die väterliche Gewalt in's Spiel kam, von einer gleichmäßigen Verbindlichkeit der beiderlei Ascendenten der väter=

---

[33] Brunnemann, comm ad. l. 5. cit. S. 842. Hommel, Diss. de ord. al. §. 8. Wening Ingenheim, Pand. §. 216. Mühlenbruch, Pand. §. 211. Göschen, Civ.=R. §. 744. Seuffert, Pand. §. 449. Puchta, Pand. §. 316. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. 4. S. 355. Ferner von württ. Schriftstellern: Lauterbach, Coll. Pand. ad D. 25,3. §. 13 sequ. Hofacker, Princ. jur. §. 556. Griesinger, Comm. Bd. 8 S. 570. Harpprecht, Disp. B. II. d. 77 §. 32 d. 79 §. 6. Cons. Tub. B. VI. c. 5 §. 125 f.

lichen und mütterlichen Linie ausgegangen wurde, und es hat daher mit Recht schon Donell diesen Satz aufgestellt. Derselbe entspricht auch dem natürlichen Rechts= und Billigkeitsgefühl und verdient daher, soweit nicht positive entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen nachgewiesen werden können, den Vorzug. In der l. 8 D. de agn. et al. lib. (25, 3), auf welche sich für die gegentheilige Ansicht berufen wird, ist nur von der väterlichen Gewalt und den aus ihr entspringenden Verbindlichkeiten die Rede, welche dem väterlichen Ascendenten nach römischem Recht über den Sohn in der Regel auch nach seiner Verheirathung und folgeweise über die Enkelkinder zukam. Diese Stelle berechtigt daher nicht zu einem Schlusse auf das Rechtsverhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten überhaupt, auch da wo die väterliche Gewalt nicht in Betracht kommt. Eine ähnliche singuläre Bedeutung hat die von den Vertheidigern des Vorrangs der väterlichen Linie angeführte Nov. 117 cap. 7, indem sie die Folgen der Ehescheidung bezüglich der Erziehung und der Alimentation der gemeinschaftlichen Kinder zu bestimmen den Zweck hat; und die Schlußworte der Stelle sprechen nur wieder in ganz allgemeinem Sinne die gegenseitige Alimentationspflicht zwischen Ascendenten und Descendenten im Falle der Dürftigkeit aus, wie dieß in ähnlicher Weise in der l. 5 cit. geschehen ist. Ist demzufolge schon nach römischem Recht nicht zu unterstellen, daß die mütterlichen Ascendenten, abgesehen von der väterlichen Gewalt und deren Ausflüssen, erst nach den väterlichen Ascendenten berufen seyen, darbende Enkel zu unterstützen, so liegt nach württ. Rechte bei der wesentlich veränderten rechtlichen Stellung der Mutter zu den Kindern, insbesondere in Rücksicht der gemeinschaftlichen Pflicht zur Ausstattung, welche unter den Begriff der Alimentation im weiteren Sinne fällt, noch weniger Grund vor, eine vorzugsweise Belastung der väterlichen Linie in Absicht auf die Alimentation der Descendenten anzunehmen.

b) Sind mehrere bemittelte Ascendenten von gleicher Gradesnähe vorhanden, so ist jeder derselben nur für seinen

Theil zur Alimentation der Enkelkinder verbunden[34]. Es spricht hiefür nicht nur der Grund der Verpflichtung, die charitas sanguinis und die aequitas, welche nach beiden Seiten wirken muß, indem hienach nicht anzunehmen ist, daß es von dem Belieben des Alimentationsbedürftigen sollte abhängig seyn, die ganze Last seiner Unterhaltung Einem von mehreren Mitverpflichteten aufzubürden, sondern auch die Analogie des Rechtsverhältnisses der Eltern zu den Kindern in Absicht auf deren Alimentation, indem sich kein Grund absehen läßt, warum andere entfernter stehende Ascendenten stärker verpflichtet seyn sollten, als die näher stehenden Eltern, denen die Last der Alimentation der Kinder nur gemeinschaftlich obliegt. Nur wenn einer der mitverpflichteten Ascendenten die Mittel nicht besitzt, zu der Alimentation seiner Enkel beizutragen, haben die andern insoweit, als dieß der Fall ist, für den Ausfall einzutreten.

Entsch. des Obertribunals v. 15/16 Febr. 1860 in S. D. c. H.

15) Anspruch der Ehefrau eines Gantmannes, auf Alimente aus der Gantmasse. Provisorische Maßregel.

a) Nach den in der Theorie und Praxis angenommenen, durch den Art. 38 des Exekutionsgesetzes bestätigten Rechtsgrundsätzen hat die Ehefrau eines Gantmannes, deren Vermögen sich in der allgemeinen Gantmasse befindet, insolange, als sie nicht in den Genuß ihres Vermögens eingesetzt ist, die Verabreichung von Alimenten aus der Gantmasse als eine Entschädigung für die dieser zufließenden Nutzungen ihres Vermögens anzusprechen. Es hat dieser Anspruch seinen Grund vorzugsweise in der Billigkeit, gegen welche es verstoßen würde, wenn die vermögliche Ehefrau, welche ihr Beibringen ihrem Ehemanne als dem gesetzlichen Verwalter überlassen, während der Dauer des Gants die Mittel zu ihrem Unterhalt entbehren müßte, und ist ebendeßhalb auf das Be-

---

[34] Anderer Ansicht Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. 3 S. 964. Vergl. jedoch Savigny, Obl. Recht Bd. 1 §. 16 ff.

dürfniß beschränkt. Der Betrag der Früchte und Zinse aus dem Beibringen kommt dabei nur insoferne in Betracht, als die Alimente diesen Betrag nicht überschreiten dürfen, oder wenn sie ihn überschreiten, an dem Grundstock des Beibringens abgerechnet werden müssen[35].

Entsch. des Obertribunals v. 14. Mai 1856[36] in der Beschw.-S. der H.'schen Ehefrau und v. 6. Juli 1860 in S. H. c. H.

b) Die der Ehefrau eines Gantmannes aus der Masse gebührenden Alimente sind ihrem Begriffe nach bestimmt, zu ihrem Unterhalt während der Zeit des Gantes, in welcher ihr der Genuß ihres Vermögens entzogen ist, zu dienen. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn die Verabreichung der Alimente im Falle eines Widerspruchs der Gläubiger hiegegen auf die Erledigung eines hierüber zu beginnenden Rechtsstreits ausgesetzt werden wollte. Es hat daher in einem solchen Falle für den Fall der Bedürftigkeit der Ehefrau eine provisorische Festsetzung der Alimente zu erfolgen.

Entsch. des Obertribunals v. 14. Mai 1856 in der Beschw.-S. der H.'schen Ehefrau.

16) Verzugszinse im Gant.

a) Da mit der Eröffnung des Konkurses dem Schuldner jede Zahlung untersagt wird, derselbe somit an der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten rechtlich gehindert ist, so ist dadurch der Eintritt eines Verzugs ausgeschlossen, und es können von besagtem Zeitpunkte an keine Verzugszinse mehr anfangen, was auch die in der Theorie und Praxis herrschende Ansicht ist[37].

Entsch. des Obertribunals v. 7. März 1826 in S. Sch. c. Sch. u. v. 6. Juli 1860 in S. H. c. H.

---

[35] Gmelin, Ordnung der Gläub. (5. Aufl.) §. 40 S. 93—98. Pfizer, Rechte und Verb. der Weiber II. 171 S. 228—230. Kapff, Civ.-R.-Spr. Nr. 3. S. 18—23. Bolley, Comm. Bd. 2 S. 940. Derselbe, Entw. und Antr. Bd. 2. S. 154.

[36] Tafel, Civ.-R.-Spr. Bd. 3. S. 90 ff.

[37] Mackeldey, Lehrb. des h. röm. R. Bd. 2 §. 489. e. Gensler, im Archiv für civ. Pr. Bd. 2. S. 360. Schweppe, Konkurs der Gl. §. 50 S. 93. Bolley, Comm. Bd. 2 S. 667 Note 1. Derselbe, Entw. und Antr. Bd. 2. S. 156 §. 1743.

Dagegen hat Gerau[38] (Hofgerichtsrath in Darmstadt) den Satz aufgestellt und ausführlich zu begründen gesucht, daß der Ausbruch des Konkurses weder auf den Beginn noch auf den Lauf der Verzugszinse von Einfluß seye, daß somit auch nach erkanntem Konkursprozesse Verzugszinse ihren Anfang nehmen können. Diese Ansicht stützt sich im Wesentlichen darauf, daß die Unmöglichkeit der Befriedigung der Gläubiger während des Konkurses nicht eine Folge von diesem, sondern von dem Mangel an Zahlungsmitteln seye, welcher den Konkurs herbeigeführt habe, somit kein rechtliches, sondern nur ein faktisches Hinderniß der Zahlung vorliege, welches den Verzug nicht ausschließe. Sodann wird gegen Madai ausgeführt, daß die Annahme einer mora keine subjektiv widerrechtliche Nichterfüllung voraussetze, sondern jede ohne gerechten Entschuldigsgrund geschehene Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit genüge, um die Annahme des Verzugs zu begründen, was im Gante stets zutreffe, wozu noch komme, daß der Gemeinschuldner in der Regel nicht einmal außer Schuld seye. — Es wird wohl Alles darauf ankommen, ob das Zahlungsverbot während des Gantes als ein rechtliches oder blos als ein faktisches Hinderniß aufgefaßt wird, und es läßt sich nicht läugnen, daß für beide Ansichten gewichtige Gründe sich anführen lassen. Die Praxis in Württemberg ist, soweit mir bekannt, entschieden für die erstere Ansicht, so sehr, daß selbst die Forderung von Verzugszinsen während des Gants nur ganz vereinzelt vorkommt. Auch Gerau[39] bezeugt, daß der Satz, daß nach erkanntem Konkursprozesse keine Verzugszinse laufen, in die Rechtsprechung übergegangen seye, und in Seuffert's Archiv[40] wird ein Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt mitgetheilt, worin der Anspruch auf Verzugs-

---

[38] In der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß N. F. Bd. 2. S. 208 ff.

[39] A. a. O. S. 208.

[40] Bd. 10 Nro. 323.

zinse im Konkurse für unbegründet erklärt wurde, weil das Gantverfahren ein rechtliches Hinderniß der Zahlung begründe, und eine eigentliche mora, welche eine culpa des Säumigen voraussetze, daher nicht eintreten könne. Bei dem Obertribunal ist, so viel mir bekannt, eine Entscheidung der Frage nur in den oben angeführten zwei Fällen erfolgt; dieselbe kam aber auch am 2. Juni 1852 in der Gantsache des H. A. v. W. und am 13. Juni 1855 in Sachen D. c. P. zur Erörterung, in welch' beiden Fällen der Referent in seinem Vortrage als eine bekannte allgemeine Annahme der Praxis hinstellte, daß mit dem Ausbruch des Konkurses keine Verzugszinse mehr anfangen können, was auch das Kollegium anerkannte, soferne nur von einer Seite theoretische Bedenken gegen die Richtigkeit der Praxis erhoben wurden.

b) Da jedoch der Konkursprozeß nicht den Zweck hat, den rechtlich begründeten Ansprüchen der Gläubiger entgegenzutreten oder solche aufzuheben, sondern dieselben in dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren nach Maßgabe ihrer Vorzugsrechte zu befriedigen, so ist der Anspruch des Gläubigers auf Verzugszinse, welche schon vor Ausbruch des Konkurses zu laufen begonnen, bis zu dem Zeitpunkte seiner Befriedigung rechtlich begründet[41].

Entsch. des Obertrib. vom 2. Juni 1852 in der Debit-S. des H. A. c. W.[42]

c) Von der Zeit der Rechtskraft der Gantverweisung

---

[41] Es wird sich bezweifeln lassen, ob die Unterscheidung zwischen Verzugszinsen, welche vor dem Gant zu laufen begonnen haben, und solchen, welche erst nach dem Konkursausbruch anfangen, Grund hat, da wenn der Gant ein rechtliches Hinderniß der Zahlung ist dieses rechtliche Hinderniß in beiden Fällen gleich wirken muß, wie dieß auch von Mackelbey, Schweppe, Bolley a. a. O. anerkannt wird, wogegen freilich Gensler a. a. O. dieselbe Unterscheidung, wie das Obertribunal macht.

[42] Diese Entscheidung ist zwar schon in Seuffert's Archiv Bd. 6 Nro. 117 abgedruckt, wurde aber der Vollständigkeit wegen hier nochmals aufgenommen.

an können Verzugszinse unbedingt gefordert werden, da mit diesem Augenblicke das rechtliche Zahlungshinderniß wegfällt[43].

Entsch. des Obertrib. vom 7. März 1826 in S. Sch. c. Sch.

B. Prozeß.

17) Kommunweiderechte. Streitigkeiten hierüber gehören zur Kompetenz der Administrativbehörden.

Ein Kommunweiderecht ist vorhanden, wenn das Weiderecht einer Gemeinde lediglich auf den Gemeinde- und Markungsverband gestützt wird. Diese Kommunweiderechte, welche nicht blos auf die eigentlichen Gemeindegründe, sondern auch auf die Sondergüter der Einzelnen sich erstrecken, haben in Württemberg namentlich im alten Lande, zu einem Korporationsrechte sich entwickelt. Sie sind nicht auf dem Wege privatrechtlicher Servituten entstanden, sondern hängen mit dem Gemeinde- und Markungsverbande zusammen und bestehen in der gemeinsamen Nutzung der Weide, wobei der einzelne Grundbesitzer solchen Kommunweiderechten lediglich nur wegen seiner Zugehörigkeit zu dem Gemeinde- und Markungsverbande, nicht aber unter dem Gesichtspunkte einer auf seinem Eigenthum lastenden, dasselbe beschränkenden Servitut unterworfen ist. Sie werden durch Beschlüsse und Anordnungen der Gemeindeorgane geregelt; diese verfügen über ihre unmittelbare oder mittelbare Nutzung, meistens durch Verpachtung, und die Erträgnisse hievon kommen erfahrungsmäßig der Gemeinde zu gut. Auf diesem Wege haben sie sich zu einem Korporationsrechte, aber auch, namentlich in Anbetracht des Umstandes, daß ihnen der einzelne Gutsbesitzer vermöge seines Verhältnisses zum Markungs- und Gemeindeverbande unterworfen ist, und auch nur vermöge dieses Verhältnisses an ihren Nutzungen Theil nimmt, zu einem öffentlich rechtlichen Verhältnisse ausgebildet, als welches sie in Württemberg bisher auch allenthalben angesehen und be-

---

[43] Volley, Comm. Bd. 2 S. 940.

handelt worden sind. Da diese Kommunweiderechte in der gemeinsamen Nutzung der Weide bestehen, so kommt neben ihnen ein Weiderecht der einzelnen auf ihren größeren oder kleineren Gütern regelmäßig nicht vor, weil dies zur Auflösung und Aufhebung der gemeinsamen Benützung der Weide führen müßte. Ein spezieller privatrechtlicher Titel, vermöge dessen einem einzelnen Gemeinde- oder Markungsgenossen ausnahmsweise die Befugniß zu Beweidung seiner eigenthümlichen Güter neben der Gemeinde zustehen würde, ist zwar denkbar, allein es genügt hiezu nicht, wenn jener Einzelne seinen dißfälligen Anspruch nur auf sein Eigenthumsrecht an diesen Gütern stützt. In dieser Beziehung befindet er sich mit jedem anderen Güterbesitzer dieser Gemeinde in gleicher Lage und in gleichem Verhältnisse, indem aus diesem Grunde jedem Güterbesitzer die gleiche Befugniß zukommen müßte. Die Frage bleibt daher einem solchen Anspruche gegenüber immer nur die, ob und in wie weit in Folge des Kommunweiderechtes der Gemeinde der Einzelne von der eigenen Beweidung und Pferchung seiner Güter ausgeschlossen werden kann, und es handelt sich somit lediglich um die Wirksamkeit und die Folgen eines auf öffentlich rechtlichem Titel ruhenden Verhältnisses, worüber nicht die Civilgerichte, sondern die Administrativjustizbehörden zu entscheiden haben.

Entsch. des Obertrib. v. 6. Juni 1860 in S. L. c. die Gemeinde U. L.

18) Zuständigkeit der Administrativbehörden zur Entscheidung von Ansprüchen aus einem Gewerbelehrvertrage, insbesondere von Klagen auf Entschädigung wegen vorzeitigen Austritts des Lehrlings aus der Lehre.

Im dritten Bande dieses Archivs S. 109—121 wurde eine Entscheidung des Obertribunals vom 15. März 1859 mitgetheilt, wodurch die Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung von Klagen auf Entschädigung wegen vorzeitigen Austritts des Lehrlings aus der Lehre ausgesprochen

und Klagen dieser Art an die Administrativjustizbehörden verwiesen wurden. Inzwischen hat sich, wie schon früher der Gerichtshof zu Tübingen, (vergl. dieses Archiv a. a. O. S. 122 ff.) so nunmehr auch der Gerichtshof zu Eßlingen nach wiederholter Berathung in Pleno gegen die Ansicht des Obertribunals und für die Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen. Die erste Entscheidung des Gerichtshofs zu Eßlingen erfolgte am 23. März 1860 in der At.-S. Sch. c. H. und in der At.-S. S. c. B., ohne daß übrigens neue Gründe geltend gemacht wurden. Das Obertribunal hat jedoch, als letztere Sache an dasselbe gebracht worden, am 21. Juni 1860 im Wesentlichen aus den schon bei der früheren Entscheidung geltend gemachten theilweise weiter entwickelten Gründen auf seiner Ansicht beharrt, und die Entscheidung des Gerichtshofes zu Eßlingen, welche die Gerichte für zuständig erkannt hatte, außer Wirkung gesetzt. Ein Hauptbedenken gegen die Ansicht des Obertribunals bleibt immer die auch in der neuesten Entscheidung desselben unbeantwortet gelassene Frage, für welche privatrechtliche Ansprüche bei der Auslegung des Obertribunals durch den Art. 161 der Gewerbeordnung der Rechtsweg vorbehalten seyn sollte (vergl. dieses Archiv Bd. 2 S. 114 Note 18 und S. 139), und daß der Gesetzgeber einen inhaltslosen Vorbehalt gemacht, darf doch nicht angenommen werden. Gerade dieses Bedenken gab für die Majorität des G.-Hofs zu Eßlingen ein Hauptmotiv ab, auch in einem neueren Falle, in der At. S. Z. u. Sch. c. St., nach abermaliger Berathung der Frage in Pleno am 22. Okt. 1860 auf seiner früheren Ansicht zu beharren und sich wiederholt für die Zuständigkeit der Gerichte auszusprechen [44].

---

[44] Da die Gründe der sich entgegenstehenden Ansichten in der früheren Mittheilung im Wesentlichen enthalten sind, so war sich hier vorläufig auf eine kurze Anführung der inzwischen ergangenen neueren gerichtlichen Entscheidungen zu beschränken, und es ist nur noch zu bemerken, daß das Oberamt Maulbronn, bei welchem inzwischen mehrere Klagen auf Entschädigung wegen Aufhebung von Gewerbelehrverträgen

In diesem jüngsten Falle war der Lehrling schon nach wenigen Tagen aus der Lehre zurückgenommen worden, und es wurde nun das für die ganze Lehrzeit vorausbezahlte Lehrgeld hauptsächlich aus dem Grunde zurückgefordert, weil der Lehrvertrag, als ohne Zustimmung des Pflegers abgeschlossen, nichtig seye. Es warf sich daher zunächst die Frage auf, ob dieser Fall den früher entschiedenen gleich zu beurtheilen seye. Der Gerichtshof war jedoch schließlich der Ansicht, daß, wenn der Gegenstand überhaupt vor die Administrativbehörden gehören würde, auch in diesem Falle die civilrichterliche Competenz ausgeschlossen wäre.

19) Gerichtsstand der geführten Verwaltung.

Der Gerichtsstand der geführten Verwaltung ist kein für sich bestehender eigenthümlicher Gerichtsstand, sondern nur eine Unterart des Gerichtsstands des Vertrags, eine Anwendung des letzteren auf Geschäftsadministration für Andere, wie schon aus der Verbindung hervorgeht, in welcher die Fälle für beide Gerichtsstände in den Quellen vorgetragen werden.[45] Soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas Anderes festgesetzt haben, müssen daher für den Gerichtsstand der geführten Verwaltung dieselben Grundsätze, wie von dem Gerichtsstand des Vertrags überhaupt gelten[46]. Zu Begründung des forum contractus gehört

---

anhängig geworden sind, auf den Grund der ergangenen Obertribunalentscheidungen die Kompetenz der Administrativjustizbehörden anerkannt hat.

[45] l. 19 §. 1. l. 20. l. 45 pr. D. de jud. (5,1.) Savigny, System Bd. 8. S. 218. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 27 ff. Bayer, Vortr. (8. Aufl.) S. 204. Linde im Archiv f. civ. Pr. Bd. 7 S. 71 f. Abh. Bd. 2 S. 89 f. Civ. Proz. §. 92. Martin, Civilproz. §. 53. Schmid, Civilproz. §. 47 S. 106 f. Osterloh, Civilproz. S. 163 ff. Reinhardt, Civilproz. §. 25. Briel, Gerichtsstand aus pers. Verb. S. 127. ff. Mühlenbruch, im Archiv für civ. Pr. Bd. 19. S. 361 ff. Anderer Meinung ist Gönner, Handb. des deutschen gem. Proz. Bd. 1 S. 282 ff., welchem aber Linde im civ. Archiv a. a. O. entgegengetreten ist.

[46] Bayer, a. a. O. S. 204. Gesterding, alte und neue

aber nach der längst feststehenden, im römischen Rechte begründeten[47], und auch von den Gerichten anderer deutschen Staaten getheilten[48] Praxis der württembergischen Gerichte und insbesondere des Obertribunals[49] Anwesenheit des Beklagten im Gerichtsbezirk zur Zeit der Ladung oder der Besitz von Vermögen daselbst. Auch das forum gestae administrationis kann daher, da die Gesetze eine besondere dießfällige Bestimmung für dieses forum nicht enthalten, nur unter diesen selben Voraussetzungen für begründet erkannt werden[50].

Entsch. des Obertribunals vom 14. Juli 1860 in der Beschw.-S. der v. P.'schen Erben c. v. K. u. Gen.

Würde der Gerichtsstand der geführten Verwaltung als ein exklusiver zu betrachten seyn, wie von einigen Rechtslehrern angenommen wird[51], so wäre dadurch frei-

---

Irrthümer S. 448 ff. Linde, Civ.-Proz. §. 92. Archiv f. civ. Pr Bd. 7 S. 73. 76. 77. Schmid, a. a. O. S. 106—109.

[47] Savigny, System Bd. 8 S. 244. 245.

[48] Glück, Comm. Bd. 6 S. 306. Seuffert, Archiv Bd. 2 Nro. 323, Bd. 4 Nr. 255 S. 424, Bd. 5 Nro. 63 S. 67 und Nro. 228, Bd. 8 Nro. 86, Bd. 12 Nro. 196. Abweichend ist eine Entscheidung des O. A.-G. zu Celle v. 30. Okt. 1844 mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. 5 Nr. 229.

[49] Sarwey, Monatschr. Bd. 5 S. 450 ff. Bd. 13 S. 457. Seuffert, Archiv Bd. 8 Nro. 293. Eine abweichende Entsch. des G.-Hofs zu Tübingen vom 26. Mai 1842, mitgetheilt von Hufnagel, in s. Mitth. Bd. 1 S. 150 steht vereinzelt.

[50] Schmid, a. a. O. S. 108. 109. Osterloh, a. a. O. S. 165. 166. Savigny, a. a. O. Bd. 8, S. 244. Auch Linde im Archiv f. civ. Pr. Bd. 7, S. 76. 77. erkennt an, daß bezüglich der Frage, ob der Gerichtsstand der geführten Verwaltung durch die Gegenwart des Bekl. oder dessen Güterbesitz im Gerichtsbezirke bedingt seye, dieselben Grundsätze, wie bei dem forum contr. überhaupt gelten müssen. Da er jedoch die Frage für das forum contr. überhaupt verneint, so verneint er sie folgerichtig auch für das forum gestae administrationis.

[51] Glück, Comm. Bd. 6, S. 337. 338. Weber, Beitr. zu d. Lehre von Klagen u. Einreden, Bd. 2, S. 35. Linde, Archiv für civ. Pr. Bd. 7, S. 73 ff., und Abh. Bd. 2 S. 91 ff. Scheurlen, Civ.-Proz. Bd. 1, S. 259.

lich die Anwendung der obigen Beschränkung für diesen Gerichtsstand ausgeschlossen [52]. Allein die Annahme der exklusiven Natur des forum gestae administrationis ist offenbar unrichtig [53], und die Praxis in Württemberg entschieden dagegen [54].

20) Gerichtsstand der Erben.

a) Der allgemeine Gerichtsstand des Wohnorts erlischt mit dem Tode und geht auf die Erben nicht über, soweit nicht bereits Rechtshängigkeit eingetreten, oder die Erbschaft zur Zeit der Klagerhebung noch jacens oder doch noch nicht vertheilt ist [55].

b) Dagegen ist der Erbe, wenn er als solcher belangt wird, den für seinen Erblasser begründeten besonderen Gerichtsständen unterworfen, soferne bei den Erben die allgemeinen Bedingungen dieser Gerichtsstände,

---

[52] Glück, a. a. O. S. 337. 338, welcher die Frage für das forum contractus bejaht, verneint sie für das forum gestae adm.

[53] Savigny, a. a. O. Bd. 8, S. 241. 242. Bayer, a. a. O. S. 204. 205. Gönner, a. a. O. Bd. 1 Nro. XI. Struben, rechtl. Bedenken, Thl. 3 Nro. 96. Schmid, a. a. O. S. 107. 108. Gesterding, a. a. O. Abh. 12 Nro. 4. Heffter, Lehrb. des Proz. §. 156.

[54] Auch ein von Seuffert, Archiv, Bd. 11 Nro. 183 a. mitgetheiltes Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck v. 31. Okt. 1845 hat sich in ausführlicher und überzeugender Begründung für die elektive Konkurrenz des Gerichtsstands des Wohnorts mit dem der geführten Verwaltung ausgesprochen.

[55] Glück, Comm. Bd. 6, S. 254. 292. Martin, Civilprozeß, §. 48, Note m. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 1, Nro. XX, S. 326. Linde, Civilprozeß, §. 88, Note 19. Schmid, Civilprozeß, §. 43, S. 82. Osterloh, Civilprozeß, S. 151 f. Scheurlen, Civilprozeß Bd. 1, S. 241. Bayer, Vortr. (8. Aufl.) S. 186 f. Anderer Ansicht ist Mühlenbruch, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 19, S. 381 ff., u. Civilprozeß, §. 107, S. 57, welcher annimmt, daß der Erbe auch den allgemeinen Gerichtsstand seines Erblassers anzuerkennen habe, und Bolley, Entw. u. Anträge, Bd. 1, §. 79, S. 49, glaubt wenigstens vom legislatorischen Standpunkte aus, daß es auch bezüglich des allgemeinen Gerichtsstandes in die Wahl des Erbschaftsgläubigers gestellt werden sollte, ob er die Erben vor ihrem eigenen Gerichtsstande oder vor dem Gerichtsstande des Erblassers belangen wolle.

also z. B. bei dem Gerichtsstande des Kontrakts Anwesenheit im Gerichtsbezirke zur Zeit der Ladung oder der Besitz von Vermögen daselbst — zutreffen [56].

Es spricht hiefür neben allgemeinen Gründen die ausdrückliche Bestimmung der l. 19 pr. D. de judiciis (5, 1): „Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur."

Auf den Grund dieser Gesetzesstelle herrschte früher selbst darüber Streit, ob der Erbe nicht auch den allgemeinen Gerichtsstand seines Erblassers anzuerkennen habe. Seit der Dissertation von J. C. Koch [57] hat sich aber die gemeine Meinung dahin festgestellt, daß die Gesetzesstelle nicht auf den allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers sich beziehe, sondern von dem Falle des für diesen begründeten Gerichtsstands des Vertrags zu verstehen seye, was aus den Worten „si ibi inveniatur" klar erhellt, da diese Beschränkung nur bei dem Gerichtsstande des Vertrags zutrifft, während man in dem Gerichtsstande des Wohnsitzes belangt werden kann, auch wenn man nicht daselbst anzutreffen ist.

Eine besondere, hievon abweichende Bestimmung enthält das württembergische Recht nicht, vielmehr haben die vorstehenden Sätze in den Jurisdiktionsverträgen mit Bayern, Baden und Sigmaringen ausdrückliche Bestätigung gefunden. Der Jurisdiktionsvertrag mit Bayern vom 31. August 1821 sagt zwar im §. 9 ganz allgemein: „Erben, die wegen einer Handlung des Erblassers mit einer persönlichen Klage zu belangen sind, werden nicht vor dem Gerichtsstande des Erblassers, sondern vor ihrem eigenen belangt, soferne nicht bereits mit dem Erb-

---

[56] Glück, a. a. O. Bd. 6, S. 251 ff. Schmid, a. a. O. §. 43, S. 82. Bayer, a. a. O. S. 201. Linde, a. a. O. §. 102, Note 5. Reinhardt, Civilprozeß, §. 24. Bolley, a. a. O. §. 79, S. 48.

[57] De foro heredis. Giessen 1771.

„lasser selbst die Streitsbefestigung geschehen ist.“[58] Allein schon die Stellung dieses §. nach §. 8, welcher von dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnsitzes handelt, während von den besonderen Gerichtsständen erst in den §§. 14 ff. die Rede ist, weist darauf hin, daß nur bezüglich des allgemeinen Gerichtsstandes des Wohnorts der Nichtübergang auf die Erben ausgesprochen werden wollte. In dem von württembergischer Seite (von dem nachmaligen Obertribunalpräsidenten v. Georgii) gefertigten Vertragsentwurf war zwar der §. 9 erst als §. 26 aufgenommen, nachdem zuvor in den §§. 6—16 von dem allgemeinen Gerichtsstand und in den §§. 17—25 von den speziellen Gerichtsständen gehandelt worden war. Diese Stellung, welche Zweifel hätte erregen können, ob nicht auch bezüglich der besonderen Gerichtsstände der Grundsatz, daß solche auf die Erben nicht übergehen, habe ausgesprochen werden wollen, wurde jedoch in dem von bayerischer Seite (von dem Geheimerath Feuerbach) verfaßten Gegenentwurf in die jetzige umgeändert, eine Aenderung, welche unerklärlich wäre, wenn der §. 9 nicht ausschließlichen Bezug auf den allgemeinen Gerichtsstand haben sollte. Daß dieß auch die Absicht der württembergischen Regierung von Anfang an war, setzt das mit dem Vertragsentwurfe an das Justizministerium erstattete Georgii'sche Gutachten vom 4. Oktober 1808 und die der bayerischen Regierung mitgetheilten Bemerkungen zu dem §. 26 des württembergischen Vertragsentwurfs vollends außer allen Zweifel, indem hienach durch die fragliche Bestimmung ausgesprochenermaßen lediglich der Streit des gemeinen Rechts, „ob und wiefern der Erbe vor dem forum des Erblassers, insofern nicht ein spezielles forum, z. B. rei sitae ihn dahin ziehe, zu Recht stehen müsse,“ geschlichtet werden sollte. Dasselbe wird durch die Jurisdiktionsver-

[58] Reyscher, Samml. der württ. Gesetze, Bd. 7, Abth. 2, S. 1018.

träge mit Baden vom 3. Januar 1826 und mit Hohenzollern-Sigmaringen vom 28. April 1827 bestätigt; zwar ist im Art. 7 dieser Verträge wieder allgemein gesagt, daß nach Aushändigung der Erbschaft, beziehungsweise nach dem Schlusse der Theilung, die Erben vor ihrem eigenen Richter zu belangen seyen,[59] allein daß es sich hier nur um die Frage von der Fortdauer des allgemeinen Gerichtsstands des Erblassers handelte, zeigt die Stellung und Ueberschrift des Artikels, indem der Art. 6 die Ueberschrift hat: „Von dem Gerichtsstande des Wohnsitzes", der Art. 7 die Ueberschrift: „Insbesondere der Erben", und von den besonderen Gerichtsständen erst in den Art. 12 ff. gehandelt wird.

Entsch. des Obertribunals vom 14. Juli 1860 in der Beschw.-S. der v. P.'schen Erben c. v. K. u. Gen.

21) Rekusation eines Richters wegen Aeußerung seiner vorläufigen Ansicht über den Ausgang des Prozesses.

Der Umstand, daß der bezirksgerichtliche Instruent eines Prozesses vor der Entscheidung des Streits seine vorläufige Ansicht über dessen Ausgang den Parteien gegenüber kundgegeben hat, genügt an sich nicht, um seine Rekusation zu begründen. Denn es kann einem Instruenten nicht verwehrt seyn, bei der Instruktion des Prozesses und in Anwesenheit der Parteien seine rechtliche Ansicht vorläufig darüber auszusprechen, ob er die Klage oder eine Einrede nach dem Stande der Sache für begründet oder unbegründet halte, — wenn man erwägt, daß dem Instruenten zur Aufgabe gemacht ist, die Streitverhältnisse zu prüfen und nach Umständen von Amtswegen zur Erörterung zu bringen (IV. Edikt §. 77 und 86), daß er befugt ist, den Kläger von einem unnöthigen Prozesse durch angemessene Vorstellungen abzumahnen (ebendas. §. 87), daß er angewiesen ist unter Würdigung der gegenseitigen Ansprüche den Versuch der Sühne vor-

[59] Reyscher, a. a. O. Bd. 7, Abth. 2, S. 1607 u. 1761.

zunehmen (ebendas. §. 100), und daß, da dem Gerichte zusteht, offenbare Streitsucht zu bestrafen (ebendas. §. 145), ihm auch während der Verhandlung zustehen muß, vor den Strafen einer muthwilligen Streitsucht zu warnen. Eine Rekusation des Instruenten kann auf eine vorläufige Meinungsäußerung desselben daher nur dann gegründet werden, wenn besondere Umstände dafür geltend gemacht werden können, daß er aus persönlichem Interesse oder aus einer kund gegebenen Befangenheit gegen die Person oder die Sache einer Partei zum Voraus zu Gunsten oder zu Ungunsten derselben sich ausgesprochen habe;

Entsch. des Obertribunals vom 29. Febr. 1860 in S. Qu. J. c. E.

und zwar müssen die geltend gemachten Umstände von der Art seyn, daß sie das Mißtrauen in die Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Richters bezüglich der Verhandlung oder Entscheidung der in Frage stehenden Sache zu rechtfertigen geeignet sind.

Entsch. des Obertribunals v. 24. März 1858 in der Beschw.-S. des C. R. St. in S. P. u. Gen. c. v. K. u. Gen.

22) Trennung des Liquidationsverfahrens. §. 66 des IV. Edikts.[60]

Nach der Bestimmung in Ziff. I. Abs. 2 des §. 66 des IV. Edikts ist die Verweisung der Entscheidung über die Größe der Forderung zum abgesonderten Verfahren nur ausnahmsweise gestattet, somit nur wenn besondere Gründe dafür sprechen, und eine Vereinfachung des Verfahrens, welche nach den Bemerkungen der Referenten des IV. Edikts zum §. 66 der Haupt-Grund und Zweck der fraglichen Bestimmung war, dadurch herbeigeführt werden kann. Ob im einzelnen Falle diese Voraussetzungen zutreffen, hat der Richter zu ermessen.

Entsch. des Obertribunals v. 22. Juni 1860 in S. F. c. R.

23) Beweis der Absicht. Simulation.

a) Der Wille und die Absicht der Parteien muß danach beurtheilt werden, wie sich dieselben ausgesprochen haben. Be-

[60] Vergl. auch oben No. 9.

hauptet eine Partei, daß etwas Anderes beabsichtigt worden, als die vorliegenden Erklärungen besagen, so ist es ihre Sache, den Beweis hiefür zu erbringen.

Entsch. des Obertrib. vom 26. Juni 1860 in S. B. c. B. F. u. E.

b) Wenn eine Handlung äußerlich als eine verbindende Willenserklärung der Betheiligten sich darstellt, so liegt Demjenigen, welcher behauptet, daß fragliche Handlung nur zum Scheine erfolgt sey, der Beweis seines Vorbringens ob.

Entsch. des Obertrib. v. 14. Okt. 1851 in S. Eh. c. Pf. u. v. 10. Sept. 1852 in S. F. c. G.

24) Geständniß des Gemeinschuldners.

a) Dem Geständniß des Gemeinschuldners, welches von demselben nach Ausbruch des Gants abgelegt worden, kann zwar nicht aller Werth abgesprochen werden, wohl aber hängt es ganz von den Umständen des einzelnen Falls ab, wie viel Glauben demselben zu schenken ist.

Ensch. des Obertribunals v. 13. Dez. 1859 in S. R. c. R.'sche Gläubiger.

b) Auch ein vor Ausbruch des Konkurses abgelegtes Schuldbekenntniß des Gemeinschuldners liefert für sich nicht absolut einen vollgiltigen formellen Beweis der fraglichen Forderung. Soll ein solches Schuldbekenntniß gegen die Gläubiger, welche als Dritte nicht an das Bekenntniß des Gemeinschuldners gebunden sind, beweisen, so kann nur dessen materieller Beweiswerth und seine nach den Umständen zu bemessende innere Glaubwürdigkeit entscheiden, so daß der Richter auf Grund desselben die Ueberzeugung von der Wahrheit der damit zu erhärtenden Thatsache erhalten muß. Hiebei kommt es insbesondere auch darauf an, ob in dem Schuldbekenntnisse zur Zeit dessen Ablegung die Einräumung eines positiven Nachtheils für den Bekennenden enthalten war, indem, wenn dieß nicht der Fall ist, die hauptsächlichste Garantie für die Wahrhaftigkeit des abgelegten Geständnisses wegfällt. Noch weniger kann dem Schuldbekenntnisse ein Werth beigelegt

werden, wenn nach den Umständen des einzelnen Falls das Anerkenntniß nicht nur nicht zum Nachtheil, sondern zum Vortheile des Gemeinschuldners gereichte.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Juni 1859 in S. der N.'schen Pflegsch. c. W.'sche Erben.

25) Zeugniß über Wahrnehmungen aus der Zeit der Unmündigkeit.

Der Umstand, daß die Wahrnehmungen, über welche ein Zeuge aussagt, in die Zeit seiner Unmündigkeit fallen, hebt die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen in dem Falle nicht unbedingt auf, wenn es sich entweder um eigene Handlungen des Zeugen handelt, oder die den Gegenstand des Zeugnisses bildende Thatsache als ein so leicht in die Sinne fallender Akt erscheint, daß auch einem Kinde von dem in Frage kommenden Alter die hiezu erforderliche Wahrnehmungsfähigkeit nicht abgeht, indem erfahrungsgemäß gerade die jugendlichen Eindrücke es sind, welche selbst noch in höherm Alter am stärksten und getreuesten im Gedächtnisse haften.[61]

Entsch. des Obertribunals vom 22. Mai 1860 in S. R. c. M.

26) Welches Alter eines Zeugen ist zu Begründung eines Gesuchs um dessen Vernehmung zum ewigen Gedächtniß erforderlich?

Zur Begründung des Gesuchs um Vernehmung von Zeugen zum ewigen Gedächtniß gehört die Bescheinigung gegründeter Besorgniß des Verlusts dieses Beweismittels. Eine solche Bescheinigung liegt nach den Gesetzen in dem Umstande, daß die Zeugen in einem hohen Lebensalter stehen, und zwar ist dieses Lebensalter für sich genügend, das Gesuch um Vernehmung eines Zeugen zum ewigen Gedächtniß zu begründen, wenn auch im einzelnen Falle sich noch keine besondere, Besorgniß erregende Altersschwäche gezeigt hat. Der Anfangspunkt des hohen Alters ist gesetzlich nicht bestimmt, indem das kanonische Recht[62] nur im allgemeinen senes, und das

---

[61] Vergl. Bolley, Entw. u. Anträge, Bd. 1, §. 1006, Note b S. 632.

[62] cap 5 X ut lite non cont. (2, 6.)

Landrecht [63] mit hohem Alter beladene Zeugen als solche bezeichnet, deren Vernehmung zum ewigen Gedächtniß verlangt werden kann. Da es sich jedoch um eine Ausnahme von der Ordnung des Verfahrens handelt, darf der Anfangspunkt des hohen Alters nur mit einem späten Alter angenommen werden, und als solches erscheint das zurückgelegte 70ste Lebensjahr. Für diesen Anfangspunkt spricht neben der Erfahrung die Gesetzesbestimmung, daß ein Verschollener nach zurückgelegtem 70sten Lebensjahre als todt anzunehmen ist, weil 70 Jahre nach dem Vorgang des Psalmisten als durchschnittliches höchstes Lebensziel gelten. Ein niedrigeres Lebensalter genügt für sich allein zu Begründung des Gesuchs um Vernehmung eines Zeugen zum ewigen Gedächtniß nicht.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. März 1860 in S. Psl. c. Psl.

27) Beschwerde gegen den Ausspruch eines Gerichts über seine Zuständigkeit.

a) Wenn der Unterrichter nur über seine Zuständigkeit zu Verhandlung und Entscheidung einer Sache, sey es überhaupt für Gegenstände der fraglichen Art oder nur für den vorliegenden besondern Fall sich ausgesprochen und entweder sich für zuständig oder nicht zuständig erklärt hat, durch diesen Ausspruch aber die eine oder andere Partei sich beschwert findet, so kann, — da ein solcher Ausspruch nichts über das materielle Rechtsverhältniß zwischen den Parteien entscheidet, sondern nur den Umfang und die Grenzen der richterlichen Kompetenz bestimmt und der Einfluß, welchen dieß auf die Geltendmachung der Parteirechte äußert, nur eine faktische Folge ist, durch welche die Natur jenes Ausspruchs nicht verändert wird, — hiegegen im Wege des Rekurses Beschwerde bei dem Oberrichter geführt werden, und eine Appellation findet nicht statt. (IV. Edikt §. 150 u. 151.)

---

[63] Thl. I, Tit. 44, §. 1.

b) Hat dagegen der Unterrichter mit dem Ausspruch über seine Zuständigkeit zugleich das Erkenntniß über das materielle Rechtsverhältniß zwischen den Parteien verbunden, so ist gerade umgekehrt eine einfache Beschwerde nicht statthaft, und es kann auch gegen den ersteren Ausspruch, da solcher ohne Beseitigung des materiellen Erkenntnisses nicht abgeändert werden kann, nur vermittelst eines ordentlichen Rechtsmittels (Appellation oder Nichtigkeitsklage) Hilfe bei dem höhern Richter gesucht werden.

Entsch. des Obertribunals v. 29. Febr. 1860 in S. Qu. J. c. E.

28) Berechnung der zweiten Nothfrist zur Anzeige der Berufung, wenn die Partei erst nach deren Ablauf Nachricht von dem Erkenntniß erhält.

Gemäß der im §. 155 des IV. Edikts bestätigten Bestimmung des Landsrechts Thl. I. Tit. 58 §. 6 ist einer Partei im Falle der Eröffnung des Urtheils an ihren Sachwalter gestattet, innerhalb 15 Tagen von der Zeit an, wo sie Kenntniß von dem Inhalte des Urtheils erhalten, selbst noch die Berufung anzumelden oder durch einen Andern anmelden zu lassen. Die zweite Nothfrist wird jedoch, wie das Obertribunal in dem Gemeinbescheide vom 15. März 1831 [64] ausgesprochen hat, auch in diesem Falle der Regel nach von dem Tage der Eröffnung an den Bevollmächtigten berechnet. Allein hiebei ist der Fall vorausgesetzt, daß die Partei die Nachricht von dem Inhalt des Erkenntnisses noch innerhalb der zweiten Nothfrist erhält, da, wenn man für diese den Tag der Eröffnung an den Sachwalter auch da entscheiden lassen wollte, wo von letzterem Tage an gerechnet zur Zeit der Kenntnißnahme der Partei schon 90 Tage abgelaufen sind, in diesem Falle die Partei der ihr durch das Landrecht eingeräumten Wohlthat völlig verlustig gehen würde. Dieß

[64] Berner, das Org.-Edikt S. 416. Berner-Schäfer, das Verf. in bürg. Streit-S. S. 579.

kann nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, denn es ist nicht abzusehen, warum eine Partei um deßwillen, weil sie erst nach 90 Tagen von der Eröffnung an ihren Anwalt an Kunde von dem Urtheil erhalten, in eine schlimmere Lage gesetzt werden sollte, als wenn die Nachricht ihr früher zugekommen wäre. Das Gesetz kennt auch eine solche Ausnahme nicht, es läßt die Berufungsanmeldung der Partei, wenn das Urtheil deren Anwalt eröffnet worden, unbedingt und ausnahmslos binnen 15 Tagen von der Zeit, wo die Partei selbst Kenntniß von dem Inhalt des Urtheils erhalten, zu, und ist die Berufungsanmeldung noch zuläßig, so muß der Partei auch eine Frist zu deren Ausführung zu gut kommen. Die von dem Gesetze hiezu gestattete Frist umfaßt 90 Tage, und diese volle Frist muß der Partei, welche erst nach dem Ablauf von 90 Tagen von der Eröffnung des Urtheils an ihren Anwalt an gerechnet Kenntniß von dem Urtheil erhält, von dem Tage ihrer Kenntniß an zur Ausführung ihrer Beschwerde offen gelassen werden, da zu der Annahme eines anderen Anfangspunkts für die Berechnung der 90 Tage überall kein Anhalt gegeben ist, und von einer willkührlichen Abkürzung der Nothfrist noch weniger die Rede seyn kann.

Entsch. des Obertribunals vom 6. März 1855 in S. J. O. c. H. und vom 13. Juni 1855 in S. D. c. P.

29) Appellationssumme bei Klagen auf Rechnungsstellung.

Die Klage auf Rechnungsstellung ist nur eine Präjudizialklage für die künftige Hauptklage, und hat für sich keinen selbstständigen Werth. Allein da die Verfolgung der Hauptklage durch die Klage auf Rechnungsstellung vermittelt werden soll, sie somit auf Erreichung desselben Endzwecks wie jene gerichtet ist, dem Kläger zum Ersatze dessen zu verhelfen, was der Beklagte aus dem Rechtsgeschäfte, worüber Rechnungsstellung von ihm verlangt wird, schuldig seyn solle, so erscheint es als konsequent, auch bei der Klage auf Rechnungsstellung die Ationssumme nach dem Betrage derjenigen Forderung zu bemessen, deren wirk-

liche Einklagung durch die präparatorische Klage vermittelt werden solle.[65]

Entsch. des Obertribunals vom 27. Okt. 1855 in S. G. c. P. und vom 27. Juni 1860 in S. K. c. Sch.

30) Appellabilität bei Entschädigungsforderungen für die Zukunft und die Vergangenheit. Zusammenrechnung nicht statthaft.

Die kl. Partei hatte Entscheidung für die ihren Wiesen durch die in Folge des Eisenbahnbaus herbeigeführte Schmälerung ihres bisherigen Wässerungsrechts künftig zugehende Benachtheiligung, und daneben zugleich Ersatz für die schon in den vorausgegangenen Jahren vor Anstellung der Klage eingetretenen Beschädigungen verlangt. Eine Zusammenrechnung dieser beiden Forderungen behufs der Herstellung der Ationssumme wurde nicht für statthaft erkannt, indem angenommen wurde, daß dieser Fall in gleicher Weise beurtheilt werden müsse, wie wenn ein Kläger das Bestehen einer jährlichen Gefäll- oder Rentenschuld bestreite, und außerdem noch von dem daneben erhobenen Anspruch auf Bezahlung des bereits Verfallenen, der Rückstände, befreit seyn wolle. So wenig in einem solchen Falle die an sich nicht appellable Hauptschuldigkeit mit dem Verfallenen — die Hauptsache mit der Nebenforderung — zu Herstellung der Ationssumme zusammengerechnet werden dürfe,[66] so wenig seye es aus dem gleichen Grunde zuläßig, die obigen beiden Forderungen zu Bewirkung der Appellabilität zusammen zu rechnen.

Entsch. des Obertribunals v. 7. April 1860 in S. G. u. Gen. c. Eisenbahnkomm.

31) Nichtigkeitsklage gegen ein Prioritätsurtheil wegen unterlassener spezieller Ladung eines Gläubigers.

Es ist zwar gesetzlich vorgeschrieben, daß im Gant-

---

[65] Uebereinstimmend hiemit ist ein Erk. des O.-App.-Ger. zu Mannheim mitgetheilt von Seuffert, Archiv Bd. 1 Nro. 301.

[66] II. Erg.-Bd. z. Reg.-Bl. S. 29.

verfahren die bekannten Gläubiger speziell geladen werden sollen (IV. Edikt §. 166. Justiznov. §. 32). Darüber besteht aber keine gesetzliche Bestimmung, welche Gläubiger als bekannt zu betrachten sind, und die Entscheidung hierüber muß daher der auf die Umstände des einzelnen Falls sich gründenden richterlichen Beurtheilung überlassen bleiben. Wenn somit das Gantgericht einen Gläubiger, welcher als bekannt zu betrachten, und daher speziell zu laden gewesen wäre, als unbekannt betrachtet und nicht speziell geladen und von der Masse ausgeschlossen hat, so kann diese Ausschließung einen Nichtigkeitsgrund nicht abgeben, da dieselbe weder einen Verstoß gegen eine wesentliche Prozeßvorschrift, noch gegen klares Recht enthält, sondern nur auf einer irrthümlichen Reflexion beruht, wogegen nur im Wege der Appellation, nicht aber im Wege der Nichtigkeitsklage Hilfe gesucht werden kann.

Entsch. des Obertribunals vom 7. März 1860 in S. H. c. Leihkasse H.

32) Ungleichförmige Erkenntnisse. Appellabilität.

Gleichförmig sind richterliche Erkenntnisse nur, wenn sie in Beziehung auf den ganzen Hauptanspruch der Klage gleichförmig sind. Ist das zweite Urtheil dem Anten auch nur theilweise ungünstiger, wird der Beklagte durch dasselbe zu einer größeren Summe verurtheilt oder der Kläger mit einer größeren Summe abgewiesen, so liegen ungleichförmige Erkenntnisse vor, und zwar sind die Erkentnisse überhaupt und nicht bloß insoweit als sie im Einzelnen nicht übereinstimmen, als ungleichförmige zu betrachten. Es findet daher die Oberberufung, wenn der Hauptgegenstand der Beschwerde 200 fl. beträgt, in dem ganzen Umfange, in welchem der Ant durch das zweite Urtheil beschwert ist, also auch bezüglich der gleichförmigen, nicht blos bezüglich der ungleichförmigen Theile des Erkenntnisses statt. Wenn daher z. B. der Beklagte

in I. Instanz zu 200 fl. verurtheilt, hiegegen von beiden Theilen appellirt, in II. Instanz aber der Beklagte zu 300 fl. verurtheilt wurde, und nun der Beklagte weiter appellirt, so ist bei der Ungleichförmigkeit der Erkenntnisse die Appellabilität begründet, und es findet die Oberberufung bezüglich der ganzen Summe von 300 fl. und nicht bloß bezüglich derjenigen 100 fl. statt, hinsichtlich deren ungleichförmig erkannt worden.[67]

Entsch. des Obertribunals vom 6. März 1855 in S. J. O. c. H. und vom 26. Mai 1860 in S. F. c. U. und Gen.

33) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf den Grund neuen Vorbringens, welches aus Vergeßlichkeit früher nicht geltend gemacht worden. — Beweislast.

a) Auf früher nicht geltend gemachte Thatsachen und Beweismittel kann ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß nach württ. Recht nur dann gegründet werden, wenn die fraglichen Thatsachen oder Beweismittel neu entdeckte sind[68], d. h. wenn sie dem Janten vor der Rechtskraft des Urtheils wirklich unbekannt waren und diese Unbekanntschaft von ihm erwiesen werden kann. Außerdem darf, da demjenigen keine Restitution ertheilt wird, welcher den Nachtheil, gegen welchen er restituirt seyn will, durch eigene unentschuld-

[67] Würde in dem unterstellten Falle nur der Kläger appellirt haben, so würde Gegenstand der Beschwerde gegen das zweitrichterliche Erkenntniß selbstverständlich nur der Betrag von 100 fl. gewesen seyn, da bezüglich der weiteren 200 fl. Rechtskraft eingetreten wäre, und somit der Bekl. durch das zweite Urtheil nur um den Betrag von 100 fl. beschwert seyn könnte.

[68] Zu vergl. die Instruktion für die unteren Civilger.-Stellen vom 19. Okt. 1811 (Reg.-Bl. S. 578). IV. Edikt §. 151; Pfandentw.-Ges. vom 21. Mai 1828 Art. 50.; Ges. vom 13. Nov. 1855, betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen Art. 15; Berner-Schäfer, das Verf. in b. Streits. S. 501. 616.

bare Nachlässigkeit erlitten hat, den Janten nicht der Vorwurf treffen, daß er bei gehöriger Fleißanwendung die neuen Beweismittel und Thatsachen schon während des früheren Verfahrens hätte ausfindig machen und benützen können.[69]

b) Ob solche Thatsachen oder Beweismittel, welche dem Janten zwar schon früher bekannt waren, aber nur aus angeblicher Vergeßlichkeit, weil er sich derselben nicht erinnert, während des früheren Verfahrens von ihm nicht geltend gemacht worden sind, zu Begründung eines Wiedereinsetzungsgesuchs gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß dienen können, ist eine bestrittene Frage, worüber verschiedene Entscheidungen des Obertribunals vorliegen. Nach meiner Ansicht ist die Frage unbedingt zu verneinen, da früher gekannte und nur vergessene Thatsachen und Beweismittel nicht unter den Begriff von neu entdeckten fallen, und es hat dies auch das Obertribunal in einer Entscheidung vom 16. Mai 1854 in Sachen St. c. St. anerkannt, indem dasselbe ausgesprochen hat, daß angebliche Vergeßlichkeit die Wiederaufnahme der Verhandlung einer rechtskräftig entschiedenen Sache nicht begründen könne.[70] In einer neueren Entscheidung hat jedoch das Obertribunal diese Ansicht verlassen und dahin sich ausgesprochen, daß auch solche dem Janten früher bekannte Thatsachen und Beweismittel, welche demselben erwiesenermaßen[71] aus dem Gedächtniß entschwunden gewesen und

---

[69] v. Harpprecht, im württ. Archiv Bd. 2 S. 111—118. Berner-Schäfer, a. a. O. S. 617. Seuffert, Archiv, Bd. 6 Nr. 295.

[70] Württ. Archiv a. a. O. S. 117 Note 13.

[71] Den Beweis, daß die fraglichen Thatsachen und Beweismittel dem Janten in dem früheren Verfahren wirklich aus dem Gedächtniß entschwunden gewesen, hat der Jant zu führen, und zwar genügt es nicht an bloßer Bescheinigung, an bloßer Wahrscheinlichkeit, sondern es wird ein voller Beweis der Vergeßlichkeit erfordert, da ja diese den Grund der Restitution bilden solle. Hält man hieran fest, so wird es auch bei der neuern Ansicht des Obertribunals regelmäßig auf dasselbe Resultat hinauskommen, wie bei der früher angenommenen, da die angebliche Vergeßlichkeit, wenn man strengen Beweis fordert, wie man soll, selten zu erweisen seyn wird.

erst durch eine äußere Veranlassung nach Beschreitung der Rechtskraft des Erkenntnisses in dasselbe zurückgerufen worden, als neu aufgefundene zu betrachten seyen, sofern der Ausdruck „neu aufgefunden" nur den Gegensatz von „zur Zeit des früheren Verfahrens schon bekannt", nicht den Gegensatz von „überhaupt früher einmal bekannt" bilde. Ausgeschlossen seye die Restitution wegen solcher vergessener Thatsachen und Beweismittel nur, wenn das Nichterinnern auf einer unentschuldbaren Fahrlässigkeit beruhe; daß eine solche Fahrlässigkeit vorliege, müsse aber, sobald einmal feststehe, daß die fraglichen Thatsachen oder Beweismittel dem Janten in dem frühern Verfahren wirklich aus dem Gedächtniß entschwunden gewesen, der Gegner behaupten und beweisen, indem die bisherige Unkenntniß ein faktischer Irrthum sey, der als solcher in der Regel entschuldbar, und dessen Unentschuldbarkeit daher als Ausnahme gegen den Janten zu beweisen sey.[72]

Entsch. des O.-Trib. vom 7. April 1860 in S. W. c. N.

34) Welche Beweismittel sind zulässig, wenn ein Gesuch um Wiedereinsetzung gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf neu entdeckte Thatsachen gestützt wird?

Nach gemeinem Rechte ist in diesem Falle, wenn die neuen Thatsachen einer neuen Beweisführung bedürfen, der Jant in der Wahl der Beweismittel unbeschränkt, und kann sich zu diesem Zwecke aller auch sonst zulässigen Beweismittel, also auch der früher schon benützten oder zu Gebot gestandenen, sowie der Eidesdelation bedienen. Der Grund hievon liegt darin, daß nicht diese Beweismittel, sondern einzig und allein die neuen Thatsachen den Restitutionsgrund bilden, und dieser Grund trifft auch für das württembergische Recht zu.

Entsch. des Obertribunals v. 7. April 1860 in S. W. c. N.

---

[72] Siehe dagegen v. Harpprecht, a. a. O. S. 112. 116. Derselbe, Entwurf einer bürg. Proz.-Ord. §. 1285. Bolley, Entw. und Antr. Bd. 2 §. 2041.

III.

Miscellen.

Der erste deutsche Juristentag.

Es war ein zeitgemäßer und darum auch mit allseitigem Beifall begrüßter Gedanke, die Juristen Deutschlands in ähnlicher Weise zu versammeln, wie die Vertreter und Pfleger anderer Wissenschaften seit Jahren zusammenzukommen gewöhnt sind, und die Verwirklichung, welche dieser Gedanke in dem zu Berlin zusammengetretenen ersten deutschen Juristentage gefunden, haben wir unstreitig als ein bedeutungsvolles Ereigniß zu verzeichnen. Gegen siebenhundert, das Rechtsleben in allen seinen Richtungen vertretende deutsche Juristen haben in Berlin getagt, kein Land hat sich ausgeschlossen, Theorie wie Praxis waren in Rechtslehrern, Richtern, Ministerialbeamten, Staatsanwälten und Advokaten vielfach und würdig, ja zum Theil glänzend repräsentirt, und Civil- und Kriminalrecht, römisches und deutsches Recht, Handels- und Wechselrecht, sowie Prozeßrecht haben Wortführer gefunden. Dieses Zusammentreten so vieler und bedeutender Männer zur gemeinsamen Besprechung und Berathung dessen, was unserem Rechtsleben Noth thut, muß schon an sich als in hohem Grade erfreulich bezeichnet werden, und der gegenseitige Gedankenaustausch von Männern der verschiedensten Lebensstellungen, welche dasselbe Feld, wenn auch in verschiedenen Richtungen und auf verschiedene Weise bebauen, ist auch ohne greifbare und unmittelbare Erfolge der stattgehabten Begegnung nicht hoch genug anzuschlagen. Mit Recht ist daher in der von der juristischen Gesellschaft zu Berlin ergangenen Einladung als ein Hauptzweck des deutschen Juristentags bezeichnet worden: „eine Vereinigung für den lebendigen Meinungsaustausch und den persönlichen Verkehr unter den deutschen Juristen zu bilden," und in dieser Beziehung werden selbst diejenigen, welche im Uebrigen an der Erreichung praktischer Resultate auf dem

eingeschlagenen Wege zweifeln, zugeben müssen, daß der Juristentag nicht ohne wohlthätige Wirkung bleiben kann.

So werthvoll aber der aus der persönlichen Begegnung und der Anknüpfung persönlicher Beziehungen sich ergebende Gewinn solcher Versammlungen unstreitig ist, so haben dieselben noch eine weitere allgemeine und tief greifende Bedeutung, indem sie Männer aus allen Gauen Deutschlands zu einem gemeinsamen Zwecke, zu einem vereinten Streben, zum einigen Handeln zusammenführen, und hiedurch das Bewußtseyn der Zusammengehörigkeit erwecken und beleben. Auch in dieser Richtung dürfen wir auf die Berliner Juristenzusammenkunft mit Befriedigung blicken. Die „Förderung der deutschen Rechtseinheit“ war schon im Programm als ein Hauptzweck des Juristentags genannt, und man muß anerkennen, daß sich die Versammlung mit Ernst und Eifer der Lösung dieser Aufgabe gewidmet hat, soferne sich in allen Berathungen und Beschlüssen derselben das Anerkenntniß des Bedürfnisses der Einigung ausgesprochen findet, und aus allen Beschlüssen das aufrichtige Bestreben hervorleuchtet, einer einheitlichen deutschen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Civil- und Kriminal-Rechts und Prozesses den Weg zu bahnen. Eben um deßwillen haben wir den deutschen Juristentag ein bedeutungsvolles Ereigniß genannt. Seine besondere Bedeutung für das deutsche Rechtsleben beruht in dem von der Versammlung ausgesprochenen Anerkenntniß der Nothwendigkeit und Durchführbarkeit einer einigen und gemeinsamen Justizgesetzgebung, und in der von allen Seiten an den Tag gelegten Bereitwilligkeit, selbst mit Opfern auf dieses wünschenswerthe Ziel hinzuwirken.

Als vorzugsweise nothwendig und ausführbar bezeichnete die Versammlung ein allgemeines deutsches Strafgesetzbuch, eine deutsche Civilprozeßordnung auf der Grundlage der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, sowie ein gemeinsames Gesetz über die Vollstreckung der civilgericht-

lichen Erkenntnisse und über gemeinsame Feststellung der Eidesformel. Die dem Zustandekommen eines gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuchs entgegenstehenden großen Schwierigkeiten konnte die Versammlung sich nicht verhehlen; doch wurde die Kodifikation im Prinzip dadurch anerkannt, daß die Versammlung ein gemeinsames Gesetz über das Obligationenrecht als wünschenswerth und ausführbar erklärte und hierin die nothwendige Ergänzung der allgemeinen deutschen Wechselordnung und des in Aussicht stehenden gemeinsamen Handelsrechts erkannte. Endlich sprach sich die Versammlung für die Nothwendigkeit eines gemeinschaftlichen obersten deutschen Gerichtshofs für Rechtsfragen aus denjenigen Rechtsgebieten aus, bezüglich deren eine einheitliche Gesetzgebung besteht oder zu Stande kommen werde.

Alle diese Beschlüsse haben für den angestrebten Zweck zunächst zwar nur eine moralische Bedeutung; aber diese Bedeutung wollen wir nicht unterschätzen, und es wird gewiß der so beredte Ausdruck einer gemeinsamen Ueberzeugung von den Bedürfnissen unseres einheimischen Rechts und unserer vaterländischen Rechtsverwaltung auf die Dauer nicht ohne allen Erfolg bleiben können.

Mit Recht und in richtiger Erkenntniß ihrer Aufgabe hat übrigens die Versammlung auf die Erörterung von Prinzipienfragen sich beschränkt und alle auf Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen und auf das Eingehen in legislative Details gerichtete Anträge konsequent abgelehnt. Die Aufgabe des Juristentags konute und kann nur seyn, die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit und Ausführbarkeit einer gemeinsamen deutschen Justizgesetzgebung zur Geltung und Anerkennung zu bringen, und ist in dieser Beziehung gleich mit den gefaßten Beschlüssen noch wenig geschehen, so ist doch das hiemit an den Tag gelegte ernste Streben der Versammlung von entschiedener Bedeutung und wir können demselben unsere Sympathieen nicht versagen.

Bei dieser unverkennbaren Wichtigkeit der Sache glauben wir daher, daß den Lesern des Archivs folgende der „Preußischen Gerichtszeitung" als dem Organ des deutschen Juristentags, sowie der „allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung" entnommene, auf den deutschen Juristentag bezügliche Mittheilungen nicht unwillkommen seyn werden.

Bericht über den ersten deutschen Juristentag.

Wenn wir es unternehmen, schon jetzt einen Bericht über den deutschen Juristentag zu geben, so rechnen wir dabei auf die Nachsicht unserer Leser; denn die kurze Zeit, seit dem Schlusse des Juristentages gestattet uns nur, in allgemeinen Umrissen die Fülle des von der Versammlung bewältigten Materiales, den Gang der Verhandlungen, sowie die stattgehabten Festlichkeiten zu schildern. Auch ein nur skizzenhaft gehaltener Bericht wird indeß Zeugniß ablegen von dem Ernst und Eifer, mit welchem der Juristentag sich der Lösung seiner Aufgabe gewidmet, von dem Geiste der Eintracht, welcher über der zahlreichen Versammlung gewaltet hat. Freilich aber dürfte weder dieser noch überhaupt ein Bericht im Stande seyn, gerade das Hauptergebniß des Juristentages in genügender Weise zur Anschauung zu bringen. Das wichtigste und wahrhaft praktische Resultat, das der Juristentag erzielt hat, besteht ja in der mächtigen Belebung, welche durch wissenschaftlichen Kampf nicht minder wie durch frohe Feste dem Gefühle der Zusammengehörigkeit in der deutschen Juristenwelt zu Theil geworden, in der wohlthätigen geistigen Anregung, welche insbesondere die vertrauliche Debatte überall hervorgerufen, in der durch die Abtheilungsberathungen fortwährend herbeigeführten, allen Mitgliedern so willkommen gewesenen Nöthigung, die Blicke über die Grenzen des engeren Vaterlandes hinaus den Rechtsinstitutionen der Nachbarstaaten zuzuwenden und sich über den Stand der verschiedensten Gesetzgebungen zu orien-

tiren, endlich in der — sey es auch nicht gerade durch förmliche Beschlüsse — erfolgten Klarlegung wichtiger juristischer Prinzipien. So zweifeln wir denn in letzterer Beziehung nicht, daß schon der erste deutsche Juristentag manchen legislatorischen Impuls gewährt haben wird, daß diese und jene deutsche Regierung in den von der Versammlung abgegebenen Resolutionen oder doch in den stattgehabten Debatten Anlaß zu Maßnahmen finden dürfte, welche geeignet sind. die deutsche Rechtseinheit zu fördern und den einheimischen Rechtszustand zu verbessern. Insbesondere auch von der preußischen Regierung möchte die bereitwilligste Rücksichtnahme auf die bereits im Schooße des ersten deutschen Juristentages laut gewordenen loyalen Wünsche zu erwarten seyn. Ist doch zu einer Zeit, wo noch die Meisten von dem kühnen Unternehmen, einen deutschen Juristentag zu berufen, sich glaubten fern halten zu müssen, der Chef der preußischen Justiz es gewesen, der vertrauensvoll dem selbst von manchem Mitbegründer nur zaghaft begonnenen Werke seine ganze Unterstützung verhieß und wirklich zu Theil werden ließ. Wir erinnern, um denen zu Hilfe zu kommen, welche für verdienstvolle Handlungen Anderer ein kurzes Gedächtniß besitzen, an das in Nr. 25 der Preußischen Gerichtszeitung abgedruckte Schreiben des preußischen Justizchefs vom 25. Mai d. J, worin derselbe der Ausschreibungskommission, „wo er es vermöge, förderlich zu seyn" versprach, sowie an die in Nr. 26 mitgetheilte Beitrittserklärung desselben vom 22. Juni d. J. Unsere oben ausgesprochene Hoffnung dürfte somit eine vollkommen berechtigte seyn und nur von denen nicht getheilt werden, welchen der Zweifel als die höchste Lebensweisheit gilt.

Doch wenden wir uns nunmehr unserem eigentlichen Thema zu!

Nachdem am Abend des 27. August d. J. 468 Mitglieder des deutschen Juristentages zu einer geselligen Zusammenkunft im Odeum vereinigt gewesen, fand am 28.

früh 9 Uhr die Eröffnung des Juristentages in dem großen Saale der Singakademie durch den Stadtgerichtsrath Grafen v. Wartensleben statt. Die von der Kommission der juristischen Gesellschaft für Ausschreibung eines deutschen Juristentages entworfene „vorläufige Ordnung" wurde ohne Diskussiou en bloc angenommen, auf Vorschlag des Vorsitzenden mit der Modifikation, daß der Präsident des Juristentages anstatt zweier Stellvertreter deren vier zu ernennen befugt seyn solle. Auf ferneren Vorschlag des Grafen v. Wartensleben wurde demnächst der Geh. Rath, Professor Dr. v. Wächter durch Akklamation zum Präsidenten erwählt. Derselbe nahm die Wahl an und ernannte zu Vicepräsidenten: den Stadtgerichtsrath Graf v. Wartensleben zu Berlin, Oberstaatsanwalt Keller aus Wien, Geh. Just.-Rath Dr. Friedberg zu Berlin und Advokat Ruhwandt aus München; zu Schriftführern: Rechtsanwalt Dr. Horwitz aus Liebenwerda, Rechtskonsulent Hölder aus Stuttgart, Staatsanwalt Meyen zu Berlin und Professor Dr. Unger aus Wien.

Nachdem der Präsident die eingegangenen Anträge mitgetheilt und unter Zuziehung der Versammlung an die Abtheilungen distribuirt hatte, schritt man zur Berathung des Antrages des Obergerichtsraths Bähr aus Cassel, welcher lautet:

Der deutsche Juristentag wolle zu der vorläufigen „Ordnung für den deutschen Juristentag" folgende Zusatzparagraphen beschließen:

Zusatz-§. 1. Der deutsche Juristentag bildet für seine Mitglieder ein bleibendes Organ zum Austausch begehrter Auskunft über das in den einzelnen deutschen Ländern geltende besondere Recht.

Zusatz-§. 2. Zu dem Ende übernehmen die Mitglieder des deutschen Juristentages gegenseitig die Verpflichtung, in Bezug auf einzelne Rechtsfragen über den Stand der Ge-

setzgebung und der Praxis ihres Landes auf Erfordern entsprechende Auskunft zu ertheilen.

Zusatz=§. 3. Vermittelt wird diese Auskunftsertheilung durch die ständige Deputation des deutschen Juristentages (§. 10) und die für die einzelnen Länder zu bestimmenden Schriftführer, welche aus der Gesammtheit der dem betreffenden Lande angehörigen Mitglieder des deutschen Juristentages gewählt werden.

Zusatz=§. 4. Die zu stellenden Anfragen sind an die ständige Deputation des deutschen Juristentages einzusenden. Diese theilt sie den Schriftführern der einzelnen Länder mit, welche die Fragen entweder selbst beantworten oder durch einen Juristen ihres Landes beantworten lassen. — Die Antworten sind in der Regel binnen 14 Tagen zu erstatten.

Zusatz=§. 5. Die ständige Deputation ordnet nach Ermessen an, ob die Antwort an den Anfragenden direkt oder zunächst an die ständige Deputation eingesendet werden soll.

Zusatz=§. 6. Ungeeignete Anfragen (wohin auch solche von allzu umfassender Natur gehören) ist die ständige Deputation zurückzuweisen berechtigt.

Zusatz=§. 7. Die Kosten der Auskunftsertheilung (an Porto, Abschriften 2c.) trägt der Anfragende und sind dieselben nöthigenfalls durch Postvorschuß zu erheben; es sey denn, daß die ständige Deputation bei Fragen von allgemein wissenschaftlichem Interesse die Kosten auf die Vereinskasse übernimmt.

Zusatz=§. 8. Die ständige Deputation ist befugt, die Ergebnisse der Anfragen geeigneten Falls zu veröffentlichen.

Dieser Antrag wurde nach kurzer Debatte in Uebereinstimmung mit dem Antragsteller der ersten Abtheilung (für Privatrecht 2c.), an welche sämmtliche auf die Statuten des Juristentages bezügliche Vorlagen abgegeben worden, zur Vorberathung für die nächste Plenarsitzung überwiesen. Vor dem Schluß der Sitzung ergriff noch der Oberappellations=

gerichtspräsident Molitor aus München das Wort, um dem Juristentage den Freundesgruß des bayerischen Kontingents auszusprechen. Die Sitzung schloß um 10½ Uhr.

Um 12 Uhr traten die Abtheilungen zu dreistündigen Sitzungen zusammen: die erste, zweite (für Handelsrecht ꝛc.) und vierte (für Civilprozeß ꝛc.) im Odeum, die dritte (für Strafrecht ꝛc.) in der Singakademie.

Die erste Abtheilung (Präsident: Professor Bluntschli, Vicepräsidenten: die Professoren Heydemann und Unger; Schriftführer: Obergerichtsadvokat Gotthardt aus Braunschweig) erledigte den Mittermaier'schen Antrag, betreffend die Ausarbeitung von Gesetzentwürfen durch den Juristentag, den Unger'schen Antrag*) und den größeren Theil des Statuts und überwies den Bähr'schen und v. Sternenfels'schen Antrag*), sowie die unerledigt gebliebenen Punkte der Statuten (namentlich §§. 6 und 10) einer besonderen, von dem Vorsitzenden ernannten Kommission von 5 Personen (Obergerichtsrath Bähr, Stadtrichter Hiersemenzel, Justizrath Hinschius, Obergerichtsrath Vorwerk aus Wolfenbüttel, Professor Wasserschleben), welche unter Zuziehung mehrerer anderer Mitglieder unter dem Vorsitze des Prof. Wasserschleben von 6 bis 9 Uhr Abends zu einer Sitzung vereinigt war.

Die zweite Abtheilung (Vorsitzender: Geh. Ober-Just.-Rath, Präsident Dr. Heimsöth aus Cöln, Schriftführer: Hof- und Gerichtsadvokat Dr. v. Huze aus Wien und Prof. Regner v. Bleyleben aus Brünn) erledigte den Antrag des Stadtrichters Primker aus Breslau.

Die dritte Abtheilung (Präsident: Ober-Staatsanwalt des Königreichs Sachsen Dr. Schwarze, Vicepräsident: Justizrath Fischer aus Breslau, Schriftführer, Kreisgerichtsdirektor v. Kunowski aus Beuthen in Ober-Schl. und Kammergerichtsrath Jacobi) erledigte die Anträge des Appellationsgerichtsrathes v. Kräwel aus Naum-

*) Siehe Plenarsitzung vom 30. August.

burg und Professors Wahlberg aus Wien, den Zusatzantrag des Ober-Staatsanwalts Frhr. v. Groß aus Eisenach und eine Anzahl darauf bezüglicher Amendements. *).

Die vierte Abtheilung (Präsident: Hof- und Gerichtsadvokat Dr. Berger aus Wien, Schriftführer: Rechtskonsulent Probst aus Stuttgart und Kreisgerichtsrath Kloß aus Berlin) erledigte die Waldeck'schen Anträge. *)

In der Soirée des Justizministers, welche um 9 Uhr begann, erschienen die hier anwesenden Mitglieder des Juristentages fast vollzählig.

Am 29. August Vormittags fanden wiederum Sitzungen der Abtheilungen statt, welche die ihnen überwiesenen Vorlagen sämmtlich erledigten. Demnächst vereinigten sich um etwa 12½ Uhr die Abtheilungsvorsitzenden auf dem Potsdamer Bahnhof mit dem Präsidenten v. Wächter zu einer Berathung behufs Feststellung der Tagesordnung für die zweite Plenarsitzung. Um 1½ Uhr führte ein besonderer Extrazug 521 Mitglieder nach der Wildparkstation bei Potsdam, von wo sie sich in bereitgehaltenen Wagen zur Vorstellung bei dem Prinzen Friedrich Wilhelm königl. Hoheit in das neue Palais begaben. Der Empfang fand im großen Marmorsaale des Palais statt. Das Bureau des Juristentages wurde Sr. königl. Hoheit von dem Ihn begleitenden Herrn Justizminister, die nach Staaten gruppirten Mitglieder von den Herren v. Wächter und Graf v. Wartensleben vorgestellt. Die Feierlichkeit währte etwa eine Stunde. Darauf folgte bis zu dem um 6 Uhr im Lokale der Casinogesellschaft in Potsdam stattfindenden Diner eine gemeinschaftliche Fahrt durch die königlichen Gärten, in denen zu Ehren der Gäste auf Allerhöchsten Befehl sämmtliche Wasserkünste in Thätigkeit gesetzt waren. Die Rückfahrt nach Berlin wurde um 8½ Uhr Abends angetreten.

Die zweite und letzte Plenarsitzung begann am 30. August um 9 Uhr mit Vorlesung der Protokolle

---

*) Siehe Plenarsitzung vom 30. August.

der ersten Sitzung und den Berichten der ersten Abtheilung (Berichterstatter Professor Ihering). Zunächst wurde die Ordnung des deutschen Juristentages berathen und nach kurzer Debatte in folgender Fassung angenommen[1]:

§. 1. Der Zweck des deutschen Juristentags ist: eine Vereinigung für den lebendigen Meinungsaustausch und den persönlichen Verkehr unter den deutschen Juristen zu bilden, auf den Gebieten des Privatrechts, des Prozesses und des Strafrechts den Forderungen nach einheitlicher Entwickelung immer größere Anerkennung zu verschaffen, die Hindernisse, welche dieser Entwickelung entgegenstehen, zu bezeichnen und sich über Vorschläge zu verständigen, welche geeignet sind, die Rechtseinheit zu fördern.

§. 2. Der deutsche Juristentag tritt alljährlich zusammen.

§. 3. Zur Mitgliedschaft berechtigt sind die deutschen Richter, Staatsanwälte, Advokaten und Notare, die Aspiranten des Richteramtes, der Anwaltschaft und des Notariats, die Lehrer an den deutschen Hochschulen, die Mitglieder der gelehrten Akademien, die Doktoren der Rechte und die rechtsgelehrten Mitglieder der Verwaltungsbehörden.

§. 4. Die Mitgliedschaft beginnt mit dem Empfange der Mitgliederkarte. Sie berechtigt zur Theilnahme an den Verhandlungen und an der Abstimmung.

§. 5. Der Beitrag der Gesellschaftsmitglieder wird auf drei Thaler jährlich festgesetzt und ist für das Jahr 1860 innerhalb 4 Wochen nach der Seitens des deutschen Juristentages erfolgten Genehmigung dieses Statutes, für jedes folgende Jahr innerhalb vier Wochen nach Beginn des neuen Jahres zu entrichten, widrigenfalls derselbe durch Postvorschuß eingezogen wird. Nimmt ein Mitglied

---

[1] Die Abänderungen der „vorläufigen Ordnung" sind gesperrt gedruckt.

den mit Postvorschuß beschwerten Brief nicht an, so wird dieß einer ausdrücklichen Austrittserklärung gleich geachtet.

§. 6. Den Plenarverhandlungen des deutschen Juristentages gehen der Regel nach Abtheilungs-Berathungen voraus. Zu diesem Zwecke werden durch freiwillige Einzeichnung der Mitglieder folgende vier Abtheilungen gebildet:

1. Abtheilung für Privatrecht, insbesondere Obligationen- und Pfandrecht,

2. Abtheilung für Handels-, Wechsel-, See- und internationales Recht,

3. Abtheilung für Strafrecht, Strafprozeß und Gefängnißwesen.

4. Abtheilung für Gerichtsverfassung, Civilprozeß, juristisches Studium und praktische Ausbildung.

Die Abtheilungen wählen ihre Vorsitzenden, Schriftführer, Berichterstatter und benachrichtigen den Vorsitzenden der Plenarversammlung (§. 7), sobald ihre Berathungen über einzelne Gegenstände geschlossen sind; ihre Anträge sind schriftlich zu fassen.

§. 7. Die Verhandlungen der Plenar-Versammlung eitet ein Vorsitzender, welcher für die Dauer eines jeden Juristentages in der ersten Plenar-Versammlung durch Stimmzettel oder Acclamation gewählt wird. Derselbe ernennt zwei bis vier Stellvertreter und vier Schriftführer. Er bestimmt die Tagesordnung und kann einzelne Gegenstände, ohne Vorberathung in den Abtheilungen (§. 6), unmittelbar zur Plenar-Berathung stellen. Auch ist er befugt, Nichtmitglieder als Zuhörer zuzulassen.

§. 8. Bei allen Beschlüssen der Plenar-Versammlung und der Abtheilungen entscheidet einfache Stimmenmehrheit der anwesenden Mitglieder; bei allen Wahlen relative Majorität und im Falle der Stimmengleichheit das Loos.

§. 9. Wird Schluß der Debatte beantragt, so wird

über diesen Antrag sofort abgestimmt. In der Plenar-Versammlung sind alle Anträge mit Ausnahme des Antrages auf Schluß der Debatte schriftlich zu stellen.

§. 10. Vor dem Schlusse eines jeden Juristentages wird von der Plenar-Versammlung auf Vorschlag des Präsidenten durch Acclamation oder in einem einzigen Scrutinium durch Stimmzettel eine ständige Deputation gewählt, bestehend

a) aus sieben am Orte des letzten Juristentages wohnhaften und

b) aus sieben auswärtigen Mitgliedern,

Zu diesen 14 Personen tritt der Präsident des letzten Juristentages als Ehrenpräsident hinzu.

Die ständige Deputation hat folgende Befugnisse und Obliegenheiten:

1. sie sorgt für die Ausführung der von dem Juristentage gefaßten Beschlüsse, veranstaltet nach eigenem Ermessen den Druck der Protokolle und Vorlagen, bewirkt die Vertheilung von Drucksachen an die Mitglieder und verwahrt alle Akten und Schriftstücke des Juristentages;

2. sie bestimmt Zeit und Ort des nächsten Juristentages, trifft die für denselben nöthigen Vorbereitungen, erläßt die Einladungen, stellt die vorläufige Tagesordnung auf, wobei sie in der Regel nur die bis zum 31. Mai laufenden Jahres eingegangenen Vorlagen zu berücksichtigen hat, und bereitet etwaige Abänderungen der Statuten vor;

3. sie nimmt die Beitrittserklärungen neuer Mitglieder entgegen, fertigt die Mitgliederkarten aus, empfängt die Beiträge, bestreitet die Ausgaben und legt der folgenden Deputation Rechnung;

4. sie ergänzt sich selbst, falls eines oder mehrere ihrer Mitglieder während des Geschäftsjahrs ausscheiden.

Die Deputation wählt aus ihrer Mitte einen geschäftsführenden Präsidenten am Ort des letzten Juristen-

tages, woselbst auch der Sitz der Deputation ist, sowie einen Schriftführer, dem ein jährliches Pauschquantum für Bureaubedürfnisse auszusetzen ist. Zur Giltigkeit ihrer Beschlüsse ist die Einladung sämmtlicher Mitglieder, sowie die Mitwirkung von wenigstens fünf Mitgliedern erforderlich.

§. 11. Abänderungen dieses Status können zwar von der Plenarversammlung durch einfache Stimmenmehrheit, jedoch nur auf schriftlichen Antrag, der vier Wochen vor dem Zusammentritt des Juristentages der ständigen Deputation (§. 10) überreicht worden, beschlossen werden.

Als Mitglieder der ständigen Deputation für das laufende Jahr wurden vom Präsidenten folgende Herren vorgeschlagen: 1. Ober=Trib.=Präsident Dr. Bornemann, 2. Justizrath Dorn, 3. geh. Ober=Justizrath Dr. Friedberg, 4. Prof. Heydemann, 5. Stadtrichter Hiersemenzel, 6. Justizrath Volkmar, 7. Stadtgerichtsrath Graf v. Wartensleben, sämmtlich zu Berlin, 8. Prof. Dr. Bluntschli zu München, 9. Ober=Tribunalrath Faber zu Stuttgart, 10. Prof. Dr. Glaser zu Wien, 11. Prof. Dr. Jhering zu Gießen, 12. Ober=Staatsanwalt Dr. Keller zu Wien, 13. Ober=Staatsanw. Dr. Schwarze zu Dresden, 14. Hofgerichtsrath v. Stößer zu Bruchsal.

Nachdem der Wahlakt behufs Ergänzung dieser Liste durch Vorschläge aus der Versammlung bis zum Schluß der Sitzung vertagt worden und hier eine sehr lebhafte Debatte über den Wahlmodus stattgefunden hatte, wurde diese Liste durch Acclamation en bloc angenommen.

Der von dem Berichterstatter mit unwesentlichen Aenderungen zur Annahme empfohlene Bähr'sche Antrag wurde durch folgende von dem Rechtsanwalt Dr Horwitz beantragte motivirte Tagesordnung beseitigt: „In Erwägung, daß der Antrag des Obergerichtsrathes Bähr in seiner Ausführung auf große ökonomische und technische Schwierigkeiten stoßen würde, derselbe jedenfalls auch mit Rücksicht auf die eigentlichen und nächsten Zwecke des noch

in der Organisation begriffenen Juristentages verfrüht erscheint, beschließt der Juristentag in Anerkennung der löblichen Intentionen des Antragstellers über den Antrag des Obergerichtsrathes Bähr zur Tagesordnung überzugehen."

Der Antrag des Ober-Tribunalraths v. Sternenfels aus Stuttgart:

Der Juristentag wolle beschließen:

1. „daß die in Berlin erscheinende Zeitschrift „Preußische Gerichts-Zeitung" als gemeinschaftliches Organ für Besprechung der Zwecke und näheren Ausbildung des deutschen Juristentages erklärt werde;"

2. „daß die ständige Deputation des Juristentages zur Ausführung dieses Beschlusses mit der Redaktion der genannten Zeitschrift sich in's Einvernehmen setze, auch dahin wirke, daß diese Zeitschrift sich als gleichzeitiges Organ für den deutschen Juristentag ankündige," wurde angenommen und dabei der „Wunsch" der Versammlung ausgesprochen, die Redaction möge den Titel in „Deutsche Gerichts-Zeitung" umändern.

Ueber den Antrag des Geh. Raths. Professor Dr. Mittermaier: der Juristentag wolle in seine Statuten noch folgende Bestimmungen aufnehmen:

§. 1. Der Juristentag setzt sich als eine weitere Aufgabe, die Bearbeitung von Entwürfen solcher Gesetze zu übernehmen, deren Erlassung für das gesammte Deutschland ein allgemeines Interesse hat.

§. 2. Zu diesem Zwecke werden während der Versammlungen des Juristentages Gegenstände bezeichnet, über welche in der nächstfolgenden Jahresversammlung oder nach zwei Jahren von einer hierzu gewählten Kommission Entwürfe vorgelegt werden sollen ꝛc.

(Folgen in 9 Paragraphen die Modalitäten der Ausführung.)

wurde dem einstimmigen Votum der Abtheilung gemäß wegen seiner praktischen Unausführbarkeit ohne Debatte zur Tagesordnung gegangen. Sowohl in der Abtheilung

als im Plenum wurde ohne Widerspruch der Grundsatz aufgestellt, daß so wünschenswerth und möglich die Abfassung gemeinsamer deutscher Gesetze sey, es doch nicht Sache des Juristentages seyn könne, Gesetzentwürfe auszuarbeiten, derselbe vielmehr nur in der Lage sey, allgemeine Grundsätze durch seine Berathungen zur Geltung zu bringen.

Der demnächst zur Berathung gestellte Antrag des Professors Dr. Unger: Der Juristentag wolle 1. aussprechen: „es sey dringend wünschenswerth, daß im Anschluß an das deutsche Wechsel- und Handelsrecht und zur Anbahnung eines gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuches sofort die Abfassung eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Obligationenrecht unternommen werde, und 2. die ständige Deputation beauftragen, die deßhalb erforderlichen Schritte bei den deutschen Regierungen zu thun," war in der Abtheilung von Herrn v. Wächter unter Zustimmung des Antragstellers dahin erweitert worden: „Der Juristentag möge aussprechen, daß, da zwar die Abfassung eines gemeinsamen Gesetzbuches höchst wünschenswerth, ja ein dringendes Bedürfniß sey, die Umstände aber zur Zeit die Ausführung dieses Unternehmens nicht gestatten, die deutschen Regierungen ersucht werden möchten, mindestens eine gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht herbeizuführen," und wurde in dieser Fassung vom Berichterstatter befürwortet.

Es ward hierbei von dem Kreisrichter Lefeldt (aus Beuthen) die Frage angeregt, ob der Juristentag überhaupt Petitionen an die Regierungen richten solle. In lebhafter Debatte wurde dagegen geltend gemacht, daß der Juristentag als solcher kein Petitionsrecht habe, daß derselbe, als Repräsentant der öffentlichen Meinung der Sachverständigen, durch Petitioniren diese seine Stellung verliere und sich deßhalb darauf beschränken müsse, Grundsätze auszusprechen; zumal diejenigen Mitglieder, welche gleichzeitig Mitglieder von Regierungen seyen, sonst in eine schiefe Stellung gerathen könnten, und daß, wenn

man einmal petitioniren wolle, man sich auch an die Kammern der einzelnen Staaten, als Mitfactoren der Gesetzgebung, zu wenden haben würde. Diese Gründe wurden von der anderen Seite durchweg bestritten, indem man hervorhob, daß wenn die Beschlüsse des Juristentages praktischen Erfolg haben sollten, sie an die maßgebenden Stellen gelangen müßten. Hierauf erwiederten die Gegner der Petitionen einmal: daß diejenigen Regierungen, welche von den Verhandlungen und Beschlüssen der Versammlung keine Notiz nähmen, auch den Petitionen derselben kein Gewicht beilegen würden; zum Andern: daß ja die Beschlüsse in Form von Erklärungen den Regierungen mitgetheilt werden könnten.

Die von dem Präsidenten gestellte Frage: „Soll der deutsche Juristentag bloß durch sein moralisches Gewicht wirken, sich aber nicht an die Regierungen wenden?" wurde darauf mit großer Majorität bejaht. Demnächst ward der Wächter-Unger'sche Antrag mit der aus dem vorhergehenden Beschluße sich ergebenden Fassungsänderung angenommen.

Der Gerichtsassessor Makower referirte hierauf über die Arbeiten der zweiten Abtheilung, zunächst über den Primker'schen Antrag: „Der deutsche Juristentag möge anerkennen, daß das dringende Bedürfniß vorhanden, eine Reform der Gesetzgebung über die stille Gesellschaft in Deutschland noch vor dem Zustandekommen eines deutschen Handelsgesetzbuches vorzunehmen."

Die von ihm befürwortete Resolution: „In Erwägung, daß die gesetzliche Regulirung der Verhältnisse der stillen Gesellschaft vor Publikation eines deutschen Handelsgesetzbuches die Vollendung des nationalen Werkes nur von Neuem verzögern würde, geht der Juristentag über den Antrag des Herrn Stadtrichters Primker zur Tagesordnung über. Der deutsche Juristentag spricht hierbei jedoch die Erwartung aus, daß die deutschen Regierungen Alles aufbieten werden, damit die Bearbeitung des deut-

schen Handelsgesetzbuches so rasch als möglich zum Abschluß gebracht werde und das Gesetz selbst ins Leben trete," wurde angenommen.

Ueber den Antrag des ehemaligen kurhessischen Staatsanwalts Dr. Klauhold in Hamburg: „Der Juristentag spricht seine Ueberzeugung dahin aus, daß unabhängig von der Frage, ob ein gemeinsames deutsches Handelsgesetzbuch zu Stande gebracht wird oder nicht, die Errichtung eines obersten Gerichtshofes zur Entscheidung von Handelsrechtsfragen eine nothwendige Voraussetzung zur ferneren gleichmäßigen Ausbildung des deutschen Handelsrechtes ist, und empfiehlt als einen zur Erreichung dieses Zweckes beachtenswerthen Vorschlag, daß durch Auftrag sämmtlicher deutschen Staaten das Oberappellationsgericht der vier freien Städte, unter Verstärkung dessen Personals auf allgemeine Kosten, als Gerichtshof zur Entscheidung von handelsrechtlichen Fragen in letzter Instanz, bestellt werde," ging die Versammlung in Uebereinstimmung mit der Abtheilung, weil derselbe für jetzt unausführbar sey, zur Tagesordnung.

Ein Antrag des Advokaten Jubeich in Dresden, „daß der erste deutsche Juristentag den Männern der zu Nürnberg tagenden deutschen Handelsgesetzgebungs-Kommission ein Votum des Vertrauens, ein Votum des Dankes abgebe für Schaffung des in allen Theilen, auch im Titel „vom Frachtgeschäft" als segensreich aufrecht zu erhaltenden Entwurfes eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, und mit kürzlicher Abfassung dieses schriftlichen Votums sein Präsidium beauftrage," war in der Abtheilung, insoweit es sich darin um ein Vertrauensvotum für die Nürnberger Conferenz handelt, als durch die Resolution über den Primker'schen Antrag erledigt abgelehnt, im Uebrigen in der von dem Advokaten Kuntzsch aus Chemnitz vorgeschlagenen Fassung: „Der Juristentag wolle den Wunsch aussprechen, daß die deutschen Regierungen den Interessen des Handelsstandes bei der Bestimmung über die Haftung

der Eisenbahnverwaltungen in Betreff des Frachtenverkehrs thunlichst Rechnung tragen möchten," angenommen worden. Die Versammlung trat diesem Beschlusse bei.

Die Referate der dritten Abtheilung begannen mit dem des Ober-Staatsanwalts Dr. Freih. v. Groß über den v. Kräwel'schen Antrag: „Der deutsche Juristentrg wolle anerkennen, daß ein allgemeines deutsches Strafgesetzbuch, welches diejenigen Grundsätze adoptirt, die in den Gesetzbüchern der einzelnen deutschen Staaten enthalten sind und in der deutschen Rechtswissenschaft und dem deutschen Rechtsleben ihre Begründung finden, ein dringendes Bedürfniß ist, sowie in Erwägung zu ziehen, auf welche Weise jenes Bedürfniß am zweckmäßigsten und schnellsten befriedigt werden könne.

Der Referent hatte selbst dazu ein (als Nr. 4 a der Drucksachen den Mitgliedern zugestelltes) Amendement eingebracht:

A. der deutsche Juristentag wolle eine Petition an sämmtliche deutsche Regierungen richten und in derselben beantragen: „daß die deutschen Regierungen gemeinschaftlich beschließen möchten, ein allgemeines deutsches Strafgesetzbuch durch eine von ihnen zu wählende Kommission entwerfen zu lassen und eventuell nach geeigneter Prüfung dasselbe in ihren Staaten einzuführen;

B. der deutsche Juristentag wolle mit Ausführung dieses seines Beschlusses seine ständige Kommission (vergleiche §. 10 der vorläufigen Ordnung betrauen und namentlich

C. dieser Kommission auftragen, die unter A. bezeichnete Petition nebst einer motivirenden Denkschrift ausarbeiten zu lassen und beide Schriften — unter gleichzeitiger Publikation derselben durch den Druck — im Namen und Auftrag des Juristentages sämmtlichen deutschen Regierungen zu überreichen.

Außerdem hatte in der Abtheilung der Ober-Tribunalrath Goltdammer vorgeschlagen, in dem vom Kräwel'schen Antrage den Satz: „welches diejenigen Grundsätze

adoptirt" u. s. w. bis „Begründung finden" dahin zu fassen: „welches diejenigen Grundsätze adoptirt, die in den Gesetzbüchern der einzelnen deutschen Staaten enthalten sind, soweit sie in der deutschen Rechtswissenschaft und dem deutschen Rechtsleben ihre Begründung finden."

Rechtsanwalt von Dazür aus Ostrowo endlich hatte Streichung des ganzen Zwischensatzes beantragt. — Diese Anträge waren zugleich mit dem des Professor Wahlberg: „der deutsche Juristentag wolle eine Kommission von Juristen verschiedener deutschen Staaten bilden, welche über „„Krug's Ideen zu einer gemeinsamen deutschen Strafgesetzgebung"" bis zum nächsten Juristentag ein umfassendes Gutachten abzugeben hat," in der Abtheilungssitzung sehr lebhaft discutirt und unter Ablehnung des Wahlberg'schen Vorschlages war folgender Beschluß gefaßt worden: Die Abtheilung befürwortet bei dem Plenum: „Der deutsche Juristentag erkennt an, daß ein allgemeines deutsches Strafgesetzbuch ein dringendes Bedürfniß ist, und wird eine auf Einführung eines solchen gerichtete Petition den deutschen Regierungen überreichen. Mit Ausführung dieses Beschlusses wird der erste Präsident und die ständige Deputation des Juristentages betraut. Diese Kommission wird beauftragt, die qu. Petition nebst einer motivirenden Denkschrift ausarbeiten zu lassen und beide Schriften — unter gleichzeitiger Publikation derselben durch den Druck — im Namen und Auftrag des Juristentages sämmtlichen deutschen Regierungen zu überreichen."

In der Plenarsitzung nahm der Gerichts-Assessor Sander das Goltdammer'sche Amendement wieder auf. Dasselbe wurde indeß auch hier abgelehnt und der Abtheilungsvorschlag mit der aus dem vorangegangenen Beschlusse über die Petitionen an die Regierungen sich ergebenden Maßgabe angenommen.

Daran schloß sich die Debatte über den Antrag des Rechtsanwalts Lewald zu Berlin: „Der Juristentag wolle als seine Rechtsüberzeugung aussprechen:

1. jedem Privatbetheiligten ist die Erhebung der Anklage in solchen Fällen zu gestatten, wo sich die Staatsanwaltschaft dessen weigert;

2. in allen Fällen sind neben der Staatsanwaltschaft den Privatbetheiligten die vollen Rechte einer Partei, welche nicht bloß die Zuerkennung einer Entschädigungssumme, sondern die Verurtheilung des Angeklagten erstreben darf, einzuräumen.

3. die Parteistellung des Anklägers bedingt es, daß dem Angeklagten gleiche Parteirechte eingeräumt werden, also namentlich

a) daß er nicht erst nach geschlossener Voruntersuchung, sondern von Anfang an sich eines rechtsverständigen Beistandes als Vertheidiger bedienen darf,

b) daß dem Vertheidiger gleiche Rechte mit dem Ankläger eingeräumt werden."

In der Abtheilung war derselbe außerordentlich lebhaft discutirt, und eine ganze Reihe von Verbesserungs- und Zusatzanträgen gestellt worden. Wir heben folgende hervor:

Antrag des Ober-Tribunalraths von Seckendorf zu Berlin: „Der Juristentag wolle es als ein dringendes Bedürfniß der deutschen Strafrechtspflege anerkennen und aussprechen: daß die Staatsanwaltschaft gleichmäßig organisirt und mit gleichen Befugnissen und Pflichten in Deutschland bekleidet, überall aber von dem Grundsatze ausgegangen werde, daß die Befugniß, die Strafgerichte mit der Einleitung einer Untersuchung zu befassen, nirgends eine ausschließliche der Staatsanwaltschaft sey, sondern einem Jeden zustehe, der durch eine strafbare Handlung in seinen Rechten verletzt worden.

Antrag des Ober-Staatsanwalts von Tippelskirch aus Stettin: „Der deutsche Juristentag wolle als seine Ueberzeugung aussprechen:

1. daß die Privatanklage neben der öffentlichen Anklage des Staatsanwaltes, soweit solches nicht in einzelnen Ländern Deutschlands schon geschehen, zu dem Zwecke zu-

zulassen, daß Jedem, der von einer strafbaren Handlung betroffen worden, die Möglichkeit gegeben werde, unabhängig vom Staatsanwalt eine gerichtliche Untersuchung zum Zwecke der Bestrafung des Schuldigen herbeizuführen;

2. die Zahl der nur auf Antrag zu verfolgenden strafbaren Handlungen, wo solches noch nicht in ausreichendem Maße geschehen, soweit auszudehnen, als unbeschadet des öffentlichen Interesses statthaft erscheinen möchte;

3. die etwa noch vorhandenen Bevorzugungen der Anklage im Verhältnisse zur Vertheidigung thunlichst auszugleichen und dahin zu wirken, daß namentlich in erheblicheren Sachen der Angeschuldigte schon vor Erhebung der Anklage mit seinen Vertheidigungsgründen so weit gehört werde, als nöthig ist, um über den wahrscheinlichen Erfolg derselben ein einigermaßen sicheres Urtheil zu gestatten.

Antrag des Rechtsanwalts Justizrath Vogler zu Berlin: „nur die Beseitigung des Monopols der Staatsanwaltschaft und die gleiche Stellung des Anklägers und der Vertheidigung für wünschenswerth zu erklären."

Antrag des Staatsanwalts von Graevenitz aus Danzig: „Der deutsche Juristentag wolle anerkennen, daß das Recht der durch eine strafbare Handlung verletzten Privaten im Falle verweigerter Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft eines ferneren Schutzes durch die gewährte Möglichkeit richterlicher Entscheidung bedürfe."

Amendement des Privat-Dozenten Dr. v. Holtzendorff zu Berlin: „dem Verletzten in denjenigen Fällen der Ehr- und Körperverletzung, sowie rechtswidriger Freiheitsbeschränkung und Gefangenhaltung, in welchen die Staatsanwaltschaft ein Einschreiten verweigert, die Erhebung der Privatanklage zu gestatten;" mit einem Zusatze des Professor Geßler aus Tübingen: „sowie in denje-

nigen Fällen, in welchen die Staatsanwaltschaft in Collision tritt mit früher durch sie durchgeführten Anklagen."

Die in der Abtheilung vertretenen Meinungen sind bis auf geringe Abweichungen in diesen Anträgen wiedergegeben. Ein entschiedener Widerspruch gegen den ganzen Antrag hatte sich nicht geltend gemacht und der Referent Ober-Staatsanwalt Schwarck sich entschieden für die Nummern 1 und 2, und gegen 3a erklärt, über die Nummer 3b aber nicht bestimmt ausgesprochen. Die Debatte hatte sich sehr bald fast ausschließlich auf die in der Nummer 1 angeregte Frage concentrirt, und war durch Annahme der vom Rechtsanwalt Calw in Bernburg vorgeschlagenen Resolution: „die dritte Abtheilung wolle beim Pleno beantragen: der Antrag des Herrn Lewald und die dazu gestellten übrigen Anträge sind der ständigen Deputation zur Prüfung und zum Vortrage beim nächsten Juristentage zu überweisen," beendigt worden.

In der Plenarsitzung nahm der Rechtsanwalt Lewald seinen Antrag wieder auf. In der von beiden Seiten mit großer Wärme geführten Debatte kam im Wesentlichen nur die Vorfrage zur Erörterung, ob der Gegenstand des Antrages schon jetzt spruchreif, oder ob noch eine gründlichere Vorbereitung und Ueberlegung erforderlich sey, bevor die Versammlung über die angeregte Prinzipienfrage durch einen Beschluß sich aussprechen könne. Das Resultat war Annahme des Abtheilungsantrages mit schwacher Majorität.

Es folgten ein Antrag des geheimen Raths Prof. Mittermaier: „Der Juristentag wolle beschließen, daß durch eine von der Versammlung zu wählende Kommission der nächsten Versammlung ein Gesetzentwurf vorgelegt werde über die Regelung des Verhältnisses der Polizeibehörden, Staatsanwaltes und Untersuchungsrichters in Bezug auf den Umfang der jedem dieser Beamten zustehenden Befugnisse in der strafrechtlichen Voruntersuchung," und ein anderer des Dr. von Holtzendorff: „Der Juristen-

tag wolle die deutschen Regierungen ersuchen, in Verbindung oder im Zusammenhange mit den strafstatistischen Tabellen in regelmäßig wiederkehrenden Zeitfristen Berichte über den Zustand der Gefängnisse und die Resultate der Strafvollstreckung durch den Druck bekannt zu machen," welche ohne Debatte, jener durch Uebergang zur einfachen Tagesordnung, dieser durch Annahme erledigt wurden.

Den nächsten Gegenstand der Tagesordnung bildeten die Berichte der vierten Abtheilung. Der Justizrath Volkmar (Berlin) referirte zunächst über den Antrag des Obertribunalraths Dr. Waldeck: „Bei vorausgesetzter Justizorganisation und einer Prozedur, welche auf mündliches Verfahren vor collegialisch formirten Gerichten gegründet ist, für das ordentliche Prozeßverfahren folgende Grundsätze als die richtigen anzuerkennen:

1) Die Angabe der Beweismittel für die Behauptungen der Parteien erster Instanz in Klage, Klagebeantwortung, Replik ꝛc. braucht erst nach ergangenem Beweis-Interlocute zu geschehen, mit Ausnahme der Urkunden, welche zur Begründung der Behauptungen dienen, und deren Beibringung oder Nachweisung mit den Behauptungen verbunden werden muß.

2) Beweis-Interlocute sind nicht appellabel.

3) Streitführende Parteien müssen sich beim Gerichte durch Rechtsanwälte vertreten lassen.

4) Eine Zurückweisung der Klage per decretum wegen offenbarer Nichtbegründung ist unzulässig.

5) Das Rechtsmittel letzter Instanz bringt nicht die Sache in ihrer Totalität, sondern neben Kompetenz-Ueberschreitungen und gewissen Prozedurfehlern nur die behauptete fehlerhafte Anwendung und Auslegung des Gesetzes mit Ausschluß der thatsächlichen Würdigung des zweiten Richters zur Entscheidung des für ein größeres Gebiet bestimmten höchsten Gerichtshofes," und empfahl dessen Annahme. Derselbe hatte besonders wegen des in Nr. 2

ausgedrückten Grundsatzes bereits in der Abtheilung den lebhaftesten Widerspruch der Mitglieder aus Hannover hervorgerufen. Nach der neuesten hannöver'schen Prozeßordnung, führten diese aus, seyen die Beweis-Interlocute bedingte Erkenntnisse und appellabel, und diese Einrichtung habe sich in der Praxis wohl bewährt. Die erste mündliche Verhandlung würde zwecklos erscheinen, wenn das in Folge derselben erlassene Beweis-Interlocut nicht auch bindende Kraft für den erkennenden Richter haben sollte. Man gerathe überdieß in Widerspruch mit dem in Nr. 1 der Anträge enthaltenen, von der Abtheilung bereits adoptirten Grundsatze, wenn man trotz der den Beweis-Interlocuten darin eingeräumten wesentlichen Bedeutung im Prozeßverfahren deren Appellabilität beseitigen wolle. — Dem entgegen war von der anderen Seite geltend gemacht worden, es habe sich gerade als ein besonderer Vorzug des preußischen Prozeßverfahrens, selbst nach der allgemeinen Gerichtsordnung, herausgestellt, daß die Theorie der Beweis-Interlocute des gemeinrechtlichen Civilprozesses ganz aufgegeben worden sey. Der erkennende Richter müsse bei Abfassung der definitiven Entscheidung völlig frei seyn. — Gegen den Antrag in Nr. 3 war eingewendet worden, es sey nicht zeitgemäß, eine neue Beschränkung der freien Selbstbestimmung unter Schaffung eines bedeutenden Privilegiums für die Advokatur gut zu heißen. Mindestens sey dann eine freie Advokatur nothwendiges Bedürfniß. — Bei Nr. 5 waren ein Gegenantrag: „das Oberappellationsgericht soll ein Gerichtshof im deutschen Sinne des Wortes seyn und bleiben, und demgemäß soll die Revision, beziehungsweise Oberappellation, das ordentliche Rechtsmittel höchster Instanz seyn, das der Kassation nachgebildete Rechtsmittel nur ergänzend in den deutschen Civilprozeß eintreten;" ein Amendement: in Alinea 3 hinter „Procedurfehlern" die Worte „abgesehen von jenen Fällen, wo in zweiter Instanz auf Grund neuer Instruktion reformirt ist," ein-

zuschalten, und die motivirte Tagesordnung: „in Erwägung, daß der Antrag Nr. 5 zu tief in die Organisationsfrage und das übrige Prozeßrecht eingreift, geht die Versammlung zur Tagesordnung über," abgelehnt worden.

In der Plenarversammlung wurde das Bedürfniß einer gemeinsamen deutschen Civilprozeßgebung allseitig anerkannt, gegen den Waldeck'schen Antrag aber eingewendet, daß er für jetzt zu speziell, und zunächst die Prinzipien der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens zur allgemeinen Geltung zu bringen seyen. Diese Meinung fand ihren Ausdruck in dem Antrage des Obergerichtsanwalts Götting aus Hildesheim: „der deutsche Juristentag spricht seine Ueberzeugung dahin aus, daß der Erlaß einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung, gebaut auf das Prinzip der Oeffentlichkeit nnd Mündlichkeit, ein dringendes Bedürfniß ist."

Dem Antrage wurde ferner der Vorwurf gemacht, er sey mit allzugroßer Rücksicht auf das preußische Verfahren formirt und in den anderen Staaten zum Theil unverständlich; ein gemeinsames Gesetzbuch aber Voraussetzung für die Entscheidung über die angeregten Fragen. — Von der andern Seite wurde dies bestritten und ausgeführt, daß bevor man an Ausarbeitung eines gemeinsamen Gesetzbuches schritte, man über so wichtige Grundprinzipien, wie die in der Vorlage ausgesprochenen, einig seyn müsse. Nach sehr lebhafter und eingehender Erörterung beschloß die Versammlung auf Antrag des Professors Gneist, unter Vorbehalt weiterer Beschlußfassung über die Prinzipien der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, die Entscheidung über den Waldeck'schen Antrag mit Rücksicht auf die große Wichtigkeit und Vielseitigkeit der Sache bis zum nächsten Juristentage auszusetzen.

Der Obertribunalrath Dr. Waldeck berichtete über die weiteren Arbeiten der vierten Abtheilung:

Das Schreiben des Präsidenten Dr. Bornemann an die Kommission für Ausschreibung eines deutschen Juristentages war an die vierte Abtheilung zur Vorberathung abgegeben, und von ihr in den Schlußworten: „Zu einer Einheit in der Rechtsanwendung kann nur ein höchster Gerichtshof führen, dessen Zusammenhang, dauerndes oder zeitweises Zusammentreten und Wirkungskreis näher zu erwägen seyn wird," ein Antrag gefunden worden, dessen Annahme Referent Namens der Abtheilung mit dem Zusatze befürwortete: „und dessen sofortige Einführung bezüglich des bereits bestehenden gemeinschaftlichen Rechts (Wechselordnung), sowie des zu schaffenden (Handelsrechts) wünschenswerth erscheint."

Ein Amendement des Obergerichtsraths Bähr, „der deutsche Juristentag erklärt es für wünschenswerth,

1) daß zur Erhaltung einheitlichen Rechts auf dem Gebiete der bereits bestehenden oder noch zu schaffenden einheitlichen deutschen Gesetzgebung ein Organ bestehe, welches die Uebereinstimmung deutscher Rechtsprechung auf diesem Gebiete vermittele;

2) daß vorerst, bis zur Einsetzung eines diesem Zwecke dienenden wirklichen Gerichtshofes, ein solches Organ in folgender Weise geschaffen werde: Alljährlich treten Deputirte sämmtlicher deutschen höchsten Gerichtshöfe zur bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort zu einer kollegialisch berathenden Konferenz zusammen. Es wird ihnen das gesammte Material deutscher höchstinstanzlicher Rechtsprechung aus der letztvorhergegangenen Zeit, soweit es sich auf jenem einheitlichen Gebiete bewegt, zur Revision unterbreitet. — Sie vergleichen und prüfen die Entscheidungen der höchsten Landesgerichte bezüglich der in ihnen zur Anwendung gebrachten Rechtssätze und sprechen hinsichtlich derselben, soweit sie solche dem Inhalt des Gesetzes oder einer in dessen Geiste zu bewirkenden Rechtsfortbildung nicht entsprechend finden, eine motivirte Berichtigung aus. — Diese Aussprüche werden ver-

öffentlicht. — Die Landesgerichte sind im Allgemeinen durch ihre Regierungen veranlaßt, da, wo bei ihren Entscheidungen die nämlichen Rechtssätze abermals in Frage stehen, dieselben mit Rücksicht auf jene Aussprüche einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen;" war abgelehnt worden, und kam im Pleno nicht wieder zur Sprache.

Ueber den Antrag des Kammergerichtsraths Buddee: „Der deutsche Juristentag wolle folgende Sätze erwägen und anerkennen:

1. Die strenge Anwendung der Eventualmaxime im Civilprozeß bedingt die Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte.

2. Die bloße Unterschrift eines Rechtsanwalts unter Prozeßschriften — Legalisirung — kann die nothwendige Vertretung nicht ersetzen.

3. Bei Verhandlung geringfügiger Sachen vor dem Einzelrichter ist die Anwendung der Eventualmaxime auszuschließen;" hatte die Abtheilung, als durch den Beschluß über die Waldeck'sche Vorlage erledigt, zur Tagesordnung zu gehen beschlossen. und damit gleichzeitig einen Zusatzantrag des Gerichts-Assessors Lasker (Berlin) und Genossen ad Nr. 1: „Die Zwangsvertretung der Rechtsanwälte bedingt die Freigebung der Advokatur an alle nach gesetzlichen Bestimmungen hiezu befähigten Juristen;" und einen anderen des Rechtsanwalts von Werner aus Schlawe ad Nr. 3: „vorausgesetzt, daß die Entscheidung der Sache Schiedsrichtern überwiesen wird," beseitigt.

Einen Antrag des Rechtsanwalts Dr. Straß: „Der deutsche Juristentag wolle eine Kommission von 6 bis 8 Mitgliedern errichten, um den Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Prozeßgesetz verbunden mit einer Executions-Ordnung auszuarbeiten," empfahl die Abtheilung in der Fassung: „Der Juristentag erklärt es für wünschenswerth, daß ein allgemeines deutsches Civilprozeßbuch erlassen werde;" zur Annahme, nachdem sie

ein Amendement des Kreisgerichtsrathes Dr Eberty aus Wittenberg: „Der Juristentag wolle Folgendes als seine Ansicht auszusprechen beschließen:

1. Die Gerichtsorganisation muß a) auf Inamovibilität und b) Befreiung der Richter von allen Geschäften außer dem Rechtsprechen, c) Ausschließlichkeit der richterlichen Befugniß auf dem Gebiete des Rechtsstreits, d) Collegialität, gegründet werden.

2. Der bedingte Mandats-Prozeß ist die allgemeine Prozeßform wegen aller auf Entrichtung einer Geldsumme oder eines sonst vertretbaren Gegenstandes gerichteten Forderungen.

3. Der Personal-Arrest wegen Schulden findet a) in Wechselsachen, b) wegen verweigerter Offenlegung des Vermögens, c) sonst nur bei nachgewiesenem Betruge statt;" als neue Anträge enthaltend abgelehnt hatte.

Die Plenarversammlung trat diesen Vorschlägen der Abtheilung überall bei, nahm den hier zur Abstimmung gestellten, obenerwähnten Götting'schen Antrag einstimmig an, und lehnte einen Antrag des Kreisrichters Zenthöfer aus Nicolai i. O. Schl., der jedem ordentlichen Civilprozeß ein Mandat und auf Antrag des Beklagten ein Sühneverfahren vorangehen lassen will, ab.

Den nun folgenden Antrag des Gerichts-Assessors Sutro aus Münster: „Der deutsche Juristentag wolle erklären, daß eine in ganz Deutschland geltende allgemeine Eidesnorm, mit den Eingangsworten: „„Ich schwöre bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden,"" und mit den Schlußworten; „„So wahr mir Gott helfe! Amen!"" wünschenswerth sey," befürwortete der Referent Namens der Abtheilung. Nach längerer Debatte sprach sich die Versammlung für das Prinzip aus, daß eine allgemeine Eidesnorm wünschenswerth sey," lehnte aber die Beschlußfassung über eine bestimmte Formel ab.

Von den noch übrigen Anträgen wurde der des Advokaten Dr. Mayersohn aus Aschaffenburg in der von der Abtheilung modifizirten Fassung: „Der Juristentag erklärt, daß der baldige Erlaß eines für alle deutschen Staaten geltenden Gesetzes über die gegenseitige Vollstreckung der rechtskräftigen Civilerkenntnisse für ein dringendes Bedürfniß zu erachten sey," angenommen und der des Dr Costa aus Laibach:

1. „Die Nothwendigkeit der Errichtung eigener Lehrkanzeln an den deutschen Hochschulen für vergleichende Rechtsgeschichte, Gesetzgebungswissenschaft und Justizpolitik wird anerkannt, und den Regierungen zur möglichsten Beachtung empfohlen.

2. Es wird in Erwägung gezogen, durch welche direkten Mittel (etwa Aussetzung eines entsprechenden Preises) die Abfassung eines den wissenschaftlichen und praktischen Zwecken entsprechenden Handbuches der „Justizpolitik" gefördert werden könnte.

3. Es wird als höchst zweckentsprechend und nothwendig erkannt, größere und wichtige Gesetze, deren Beendigung einen Aufschub zuläßt, durch Veröffentlichung des Entwurfes im Drucke, der allgemeinen freien Beurtheilung anheimzugeben."

abgelehnt. Die Anträge des Rechtsanwalts Dr. Straß: auf Ausarbeitung eines Entwurfes zu einer allgemeinen deutschen Advokaten-Ordnung, des Notars Dr. Uchatzy aus Reichenberg (Böhmen) auf Einführung von Friedensgerichten, und des Professors Dr. Aegidi auf Erhaltung des reichskammergerichtlichen Archivs zu Wetzlar wurden von den Antragstellern zurückgezogen.

Mit der oben berichteten Wahl der ständigen Deputation, dem Danke des Präsidenten v. Wächter an die Versammlung und dem Namens des Juristentages durch den Grafen v. Wartensleben dem Präsidio ausgesprochenen Danke schloß die Sitzung um 3½ Uhr.

— Um 4 Uhr vereinigte ein gemeinschaftliches Diner die Mitglieder im Odeum. Von den zahlreichen Toasten fanden die des Justizministers Simons und des Geh. Raths v. Wächter besonderen Anklang.

Noch bringt die Preußische Zeitung folgende auf den deutschen Juristentag bezügliche Mittheilungen:

I.

Die Redaktion der „Preußischen Gerichtszeitung" veranlasse ich, in letztgedachter Zeitschrift als dem Organ des deutschen Juristentages das abschriftlich beiliegende Protokoll, betreffend die Konstituirung der „ständigen Deputation", zu veröffentlichen.

Berlin, den 31. August 1860.

Der Präsident der ständigen Deputation des deutschen Juristentages.
(gez.) Dr. Wächter.

An die Redaktion der „Preußischen Gerichtszeitung" hier.

Anlage: Verhandelt Berlin im Hôtel de Rome am 31. August 1860.

Anwesend: Geheimer Rath, Professor Dr. v. Wächter, Professor Dr. Bluntschli, Obertribunalrath Faber, Geh. Oberjustizrath Dr. Friedberg, Professor Dr. Glaser, Geh. Justizrath, Professor Dr. Heydemann, Stadtrichter Hiersemenzel, Professor Dr. Jhering, Oberstaatsanwalt Dr. Keller, Hofgerichtsrath v. Stößer, Oberstaatsanwalt Dr. Schwarze, Rechtsanwalt, Justizrath Volkmar, Stadtgerichtsrath Graf v. Wartensleben.

Auf erfolgte Einladung Seitens des Ehrenpräsidenten der ständigen Deputation des deutschen Juristentages hatten sich die seitwärts verzeichneten, in der gestrigen Plenarsitzung als Mitglieder jener ständigen Deputation gewählten Personen eingefunden, um die Deputation als solche zu konstituiren.

Zu diesem Ende wurde unter dem Vorsitze des Ehrenpräsidenten Dr. v. Wächter zum „geschäftsführenden Präsidenten" derselben Dr. Bornemann, zweiter Präsident des Obertribunals zu Berlin, mit Einstimmigkeit gewählt.

Dr. v. Wächter übernahm es, den auf einer Reise abwesenden Herrn Dr. Bornemann hiervon in Kenntniß zu setzen, und ihn um Annahme der auf ihn gefallenen Wahl zu ersuchen.

Demnächst wurde zur Wahl eines Stellvertreters für den geschäftsführenden Präsidenten geschritten. Sie fiel auf den Geh. Oberjustizrath Dr. Friedberg. Dieser glaubte jedoch aus Gründen, denen die Versammlung ihre Billigung nicht versagte, die auf ihn gefallene Wahl dankend ablehnen zu müssen, und es wurde hierauf der Stadtgerichtsrath Dr. Graf v. Wartensleben zum Stellvertreter des geschäftsführenden Präsidenten gewählt.

Zum Schriftführer ward hierauf der Stadtrichter Hiersemenzel und zum Stellvertreter desselben der Rechtsanwalt Volkmar gewählt, das Schriftführeramt auch zugleich mit der Kassenführung betraut.

Nachdem auf diese Weise die Konstituirung der ständigen Deputation erfolgt war, wurde in ihr die Frage zur Berathung gestellt: ob es zulässig und möglich erscheine, schon jetzt zur Wahl des Ortes zu schreiten, an welchem der nächste Juristentag stattfinden solle?

Nach eingehender Erörterung dieser Frage beschloß die Versammlung: daß aus denselben Gründen, welche

für das Plenum des Juristentages in seiner gestrigen Sitzung maßgebend gewesen seyen, von der Wahl des Ortes zur Zeit abzusehen, auch die ständige Deputation eine solche Wahl jetzt noch nicht vornehmen könne, Letztere vielmehr einer späteren Zeit vorbehalten bleiben müsse.

Ueber den Zeitpunkt des auszuschreibenden zweiten Juristentages wurde gleichfalls die nähere Bestimmung vorbehalten, es jedoch dabei allseitig als wünschenswerth bezeichnet, daß dieser Zeitpunkt wieder in die Gerichts- und Universitätsferien verlegt werde, um den Juristen Deutschlands den Besuch des Juristentages dadurch zu erleichtern. Vorläufig wurde der 25. August 1861 als der geeignete Zeitpunkt in's Auge gefaßt. Es kam dabei zu Sprache, daß freilich die Gerichtsferien in den verschiedenen Ländern Deutschlands auf verschiedene Zeiten fielen, und weil es auch sonst in vielfacher Beziehung wünschenswerth erscheine, daß eine größere Gleichmäßigkeit dieser Ferien hergestellt werde, ward es als Aufgabe der ständigen Deputation erachtet, ihrerseits auf Herbeiführung einer solchen größeren Einheit in den Gerichtsferien thunlichst hinzuwirken.

Der von dem Plenum des ersten Juristentages gefaßte Beschluß: „die „Preußische Gerichtszeitung" zum Organ des Juristentages zu machen," hatte eine Vereinbarung mit dem Redakteur derselben, Stadtrichter Hiersemenzel, zur Folge, kraft welcher dieser es übernahm: „seine Zeitschrift fortan als Organ des deutschen Juristentages anzukündigen, und in derselben die ihm zugehenden Mittheilungen der ständigen Deputation in einer eigenen Rubrik zu veröffentlichen.

Von Seiten der Mitglieder jener Deputation wurde, um der Zeitschrift die Annahme des Titels: „Deutsche Gerichtszeitung", recht bald zu ermöglichen, es übernommen: „in den verschiedenen Ländern kräftigst auf Unterstützung dieses Organes des deutschen Juristentages hinzuwirken."

Hierauf ward ein während der Berathung dem Vorsitzenden zugegangenes Telegramm, in welchem Se. königl. Hoheit der Prinz-Regent von Preußen mittelst allergnädigsten Handbillets vom heutigen Tage an „den Präsidenten des deutschen Juristentages" Allerhöchst Ihren Dank für die gestrige Begrüßung auszusprechen geruhen, zur Kenntniß der Versammlung gebracht.

Es reihte sich hieran der einstimmige Beschluß: daß dem königl. Justizminister Herrn Dr. Simons der wärmste Dank für die dem Unternehmen vom Anfang an bewiesene kräftige und förderliche Theilnahme bezeugt, und demselben im Hinblick auf dieses von ihm bewährte Wohlwollen die neue Bitte vorgetragen werde: „bei Sr. königl. Hoheit dem Prinz-Regenten von Preußen der Dolmetscher der Gesinnungen des ehrfurchtsvollen Dankes seyn zu wollen, von welchen die Versammlung des ersten deutschen Juristentages für die ihr von Sr. königl. Hoheit bewiesene Huld beseelt sey."

Nachdem noch einige das Geschäftsbureau betreffende Angelegenheiten erledigt worden waren, wurde die Sitzung, welcher das eine der in die Deputation gewählten und zur Berathung eingeladenen Mitglieder, der Rechtsanwalt Justizrath Dorn, wegen amtlicher Behinderung nicht hatte beiwohnen können, geschlossen.

Verhandelt wie oben.

(gez.) Dr. Carl Georg Wächter. (gez.) Hiersemenzel.

II.

Diejenigen auswärtigen Mitglieder des deutschen Juristentages, welche den Jahresbeitrag noch nicht entrichtet haben, werden ergebenst ersucht, diesen Beitrag mit 3 Thaler unter der Adresse des Stadtrichters Hiersemenzel in Berlin bis zum 30. September d. J. gefälligst portofrei einzusenden, widrigenfalls die Einziehung durch Postvorschuß erfolgen wird.

Die Verhandlungen des ersten deutschen Juristentages werden binnen Kurzem im Druck erscheinen und unter Anderem auch die schon vor dem Juristentage gedruckten und zur Vertheilung gelangten Vorlagen, sowie die stenographischen Berichte enthalten. Jedem Mitgliede des deutschen Juristentages wird ein Exemplar durch das Schriftführeramt zugehen.

Berlin, den 3. September 1860.

Das Schriftführeramt der ständigen Deputation des deutschen Juristentages.

III.

Die verehrliche Redaktion ersuche ich, in der Gerichtszeitung, als dem Organ des deutschen Juristentages, das anliegende Schreiben Sr. Exzellenz des Herrn Justizministers Dr. **Simons** veröffentlichen zu wollen.

Leipzig, den 10. September 1860.

Der Präsident der ständigen Deputation des deutschen Juristentages.
(gez.) Dr. **Wächter**.

An
die Redaktion der „Preußischen Gerichtszeitung" in Berlin.

Der ständigen Deputation des deutschen Juristentages sage ich für die über ihre Constituirung mir gemachte gefällige Mittheilung meinen verbindlichen Dank.

Zugleich beehre ich mich, Wohldieselbe davon in Kenntniß zu setzen, daß Sr. königl. Hoheit, dem Prinz-Regenten, ich über den Juristentag Vortrag gehalten, und daß Allerhöchstdieselben, mit dem Ausdrucke der Befriedigung über den Verlauf und die Ergebnisse desselben, mich zu beauftragen geruht haben: der ständigen Deputation zu eröffnen: daß Se. königl. Hoheit, wenn Allerhöchstdieselben zur Zeit des Juristentages in Ihrer Residenzstadt anwesend gewesen wären, es Sich nicht versagt haben

würden, der Versammlung Allerhöchst=Ihre persönliche Theilnahme an den Bestrebungen des Juristentages zu erkennen zu geben.

Berlin, den 6. September 1860.

Der Justizminister.
(gez.) Simons.

An
die ständige Deputation des deutschen Juristentages hier.

Inhalt.

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Seite

1) Bescheide des Kassationshofs für Württemberg über allgemeine Fragen. Von Herrn Obertribunalrath von Kern 1
2) Ueber die Strafbarkeit der fahrläßigen Vernichtung oder Beschädigung einer Leibesfrucht. Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen 37
3) Das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers in IV. Klasse. Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey 45
4) Ueber die Haftpflicht der Eisenbahnen. Das geltende Recht und die Autonomie der Verkehrsanstalten. Von Herrn Rechtskonsulent Otto in Heilbronn 83
5) Die Kompetenz der Civil- und Administrativjustizbehörden und das Klagerecht bei Streitigkeiten über die, zum Behuf der Abfindung einer subsidiär auf dem Zehentbezug haftenden kirchlichen Baulast erforderliche Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 135

II. Fragmente.

Präjudizien des Obertribunals in Civilsachen. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 157

A. Civilrecht.

1) Interdictum retinendae possessionis. Verjährung . . 157
2) Provisorische Maßregeln sind ohne Einfluß auf den Besitzstand 159
3) Die Löschung des Unterpfands bewirkt für sich keine Erlöschung des Pfandrechts 159
4) Sicherstellung der Rechte der Cessionare durch Erhebung einer Klage gegen den abgetretenen Pfandschuldner 160

Seite

5) Vergleichsanfechtung wegen Irrthums 161
6) Streitverkündigung ist nur in Eviktionsfällen nothwendig, und selbst dann kann sie ausnahmsweise unterbleiben . . 162
7) Klagerecht des Assignatars gegen den Bürgen des Assignaten 165
8) Klage auf Rechnungsstellung 166
9) Unstatthaftigkeit einer Schadenersatzklage ohne gleichzeitige Liquidation des Schadens. §. 66 des IV. Edikts . . . 167
10) Zur Klagbarkeit eines Schiedsvertrags gehört die Bestimmung der Person des Schiedsrichters; die vorgängige Annahme der Wahl von Seiten der letzteren wird jedoch nicht erfordert 169
11) Schadenersatzklage gegen einen Gemeindepfleger wegen unbefugten Verzichts auf ein Unterpfand; actio nondum nata 176
12) Haftung des Vormunds wegen ungenügend gesicherter Anlage von Pflegschaftsgeldern 177
13) Befugniß des Ehemannes mit dem Beibringen seiner mit ihm in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau eine remuneratorische Schenkung zu machen, insbesondere zu diesem Zwecke Aktivkapitalien abzutreten 178
14) Die Verpflichtung der väterlichen und mütterlichen Ascendenten zur Alimentation der ehelichen Enkelskinder . . . 179
15) Anspruch der Ehefrau eines Gantmanns auf Alimente aus der Gantmasse. Provisorische Maßregel 182
16) Verzugszinse im Gant 183

B. Civilprozeß.

17) Kommunwaiderechte. Streitigkeiten hierüber gehören zur Kompetenz der Administrativbehörden 186
18) Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden zur Entscheidung von Ansprüchen aus einem Gewerbelehrvertrage, insbesondere von Klagen auf Entschädigung wegen vorzeitigen Austritts des Lehrlings aus der Lehre 187
19) Gerichtsstand der geführten Verwaltung 189
20) Gerichtsstand der Erben 191
21) Rekusation eines Richters wegen Aeußerung seiner vorläufigen Ansicht über den Ausgang des Prozesses 194
22) Trennung des Liquidationsverfahrens. §. 66 des IV. Edikts 195
23) Beweis der Absicht. Simulation 195
24) Geständniß des Gemeinschuldners 196
25) Zeugniß über Wahrnehmungen aus der Zeit der Unmündigkeit 197

Seite

26) Welches Alter eines Zeugen ist zu Begründung eines Gesuchs um dessen Vernehmung zum ewigen Gedächtniß erforderlich? 197
27) Beschwerde gegen den Ausspruch eines Gerichts über seine Zuständigkeit 198
28) Berechnung der zweiten Nothfrist zur Ausführung der Berufung, wenn die Partei erst nach deren Ablauf Nachricht von dem Erkenntniß erhält 199
29) Appellationssumme bei Klagen auf Rechnungsstellung . . 200
30) Appellabilität bei Entschädigungsforderungen für die Zukunft und die Vergangenheit. Zusammenrechnung nicht statthaft 201
31) Nichtigkeitsklage gegen ein Prioritätsurtheil wegen unterlassener spezieller Ladung eines Gläubigers 201
32) Ungleichförmige Erkenntnisse. Appellabilität 202
33) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf den Grund neuen Vorbringens, welches aus Vergeßlichkeit früher nicht geltend gemacht worden 203
34) Welche Beweismittel sind zuläßig, wenn ein Gesuch um Wiedereinsetzung gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf neu entdeckte Thatsachen gestützt wird 205

IV. Miscellen.

Der erste deutsche Juristentag 206

Druckfehler.

In Band III. S. 433, Linie 21, von oben lies: Heimathorts statt Heirathorts.

Band IV. S. 199, Linie 11, von oben lies: Ausführung statt Anzeige.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Von dem Einfluß der Rechtskraft der Entscheidungsgründe auf die Frage von der Appellabilität und die Sportelberechnung.

Aus der Rechtssprechung des Obertribunals mitgetheilt.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

I.) Die Berufungssumme berechnet sich nach dem Werthe des Gegenstandes der Appellationsbeschwerde; als beschwerend kann aber eine Entscheidung angefochten werden, soweit solche in Rechtskraft überzugehen geeignet und dem Appellirenden nachtheilig ist. Die Frage von der Appellabilität steht daher mit der Frage von dem Umfang der Rechtskraft eines Urtheils in nothwendigem Zusammenhang. Nun hat das Obertribunal, wie bekannt, den, sowohl in der Doktrin als in der Rechtssprechung immer mehr zur allgemeinen Geltung kommenden, Grundsatz angenommen, daß nicht sowohl der dispositive Theil des Erkenntnisses seinem wörtlichen Inhalte nach, als vielmehr der Sinn des richterlichen Urtheils für den Umfang der Rechtskraft maßgebend ist, und Alles, was der Richter bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien entscheiden will und entschieden hat, rechtskräftig zu werden geeignet ist, ob nun die Entscheidung unmittelbar aus der Urtheilsformel selbst oder nur aus den besonders abgefaßten Urtheilsgründen sich erkennen läßt.[1] Es

---

[1] Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 233 ff. Bd. 20 S. 320 ff. Seuffert, Archiv Bd. 5 Nro. 236. Bd. 13 Nro. 187. Vergl. Savigny, System Bd. 6 S. 355—407. Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2 §. 73. Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts Th. I S. 250. 254. 256. 260. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. Th. 2 S. 183. 184. 207. Bayer, Civil-Proz. (7. Aufl.)

kann daher die Rechtskraft im einzelnen Falle über den unmittelbaren Gegenstand des Urtheils und seines Wortlautes hinausreichen, und in Folge dessen das Urtheil in einem ausgedehnteren Umfange beschwerend seyn, als worauf dasselbe seinem Wortlaute nach unmittelbar gerichtet ist. Insoweit aber muß auch eine Berufung gegen das Urtheil statthaft seyn, da es ein Widerspruch in sich selbst wäre, die in den Urtheilsgründen enthaltene Entscheidung als der Rechtskraft fähig anzuerkennen, die Berufung gegen diesen Theil der Entscheidung aber nicht zuzulassen. Nun bestimmt sich die Berufungssumme, wie schon bemerkt, nach dem Gegenstand der Beschwerde; findet daher die Berufung statt gegen alles, was von dem Richter, sey es in der Urtheilsformel selbst oder in den Urtheilsgründen, entschieden worden und zur Rechtskraft sich eignet, so erscheint es als eine weitere unabweisliche Konsequenz, auch den über den dispositiven Theil des Erkenntnisses hinausgehenden Umfang der Entscheidung, soweit der Appellant sich dadurch beschwert findet, bei Berechnung der Appellationssumme zu Grund zu legen, und diese um so viel höher zu berechnen, als die Rechtskraft des Urtheils über den unmittelbaren Gegenstand der Klage oder der

---

S. 256. Wernher, Observ. T. 3. P. 3. obs. 97. nro. 24—32. J. H. Böhmer, excercit. ad Pand. T. 5. p. 534 §. 18. Seuffert, Archiv, Bd. 1 Nr. 282. 367. Bd. 2 Nr. 250. Bd. 8 Nr. 99. 100. 171. Bd. 10 Nr. 295. Seuffert, Bl. f. Rechtsverw. Bd. 9. S. 143—412. Die Fälle, in welchen das Obertribunal den Grundsatz von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe in seinen verschiedenen Richtungen zur Anwendung gebracht hat, sind folgende: Entsch. vom 28. Febr. 1846/27. März 1847 in S. H. c. H.; v. 7. April 1852 in S. W. c. L.; v. 8. Febr. 1853 (in Pleno) in S. D. c. D.; v. 15. März 1853 in S. M. c. K.; v. 4. Nov. 1853 in S. K. c. St.; v. 16. Mai 1855 in S. St. c. E.; v. 28./31. Dez. 1855 in S. B. c. D.; v. 22. Nov. 1856 in S. S. B. c. G.; v. 5. Sept. 1857 in S. O. c. St.; v. 20. Okt. 1857 / 9. Januar 1858 in S. G. c. W. u. Gen.; v. 29. Jan. 1859 in S. N. c. B.; v. 11. Febr. 1860 in S. R. c. R.; v. 15. / 16. Febr. 1860 in S. D. c. H.; v. 8. Juni 1860 in S. E. c. T.; v. 16. Juni 1860 in S. N. c. K.; v. 17. Okt. 1860 in S. B. c. O. F. K.

Verurtheilung hinaus reicht.[2] Wenn daher insbesondere durch das angefochtene Erkenntniß, zufolge seiner Begründung, über das Daseyn und die Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses überhaupt entschieden wurde, zu welchem sich der unmittelbare Gegenstand des dispositiven Theils des Erkenntnisses als bloße Folgerung verhält, so erscheint in diesem Falle der Appellant, wenn gleich die ihm durch das Erkenntniß seinem wörtlichen Inhalte nach unmittelbar zugefügte Beschwerde nicht die Berufungssumme erreicht, doch, wenn sein Interesse bei der über das Rechtsverhältniß selbst erfolgten Entscheidung zu einem dieser Summe gleichkommenden Werth anzuschlagen ist, in einem zur Appellabilität genügenden Betrage beschwert, und zwar gilt dieß sowohl mit Rücksicht auf den Klagegrund, als auch bei Einreden von appellatiosfähigem Betrage, welche dem in seinem dispositiven Theil auf einen die Appellationssumme nicht erreichenden Gegenstand gerichteten Erkenntnisse zum wesentlichen Entscheidungsgrunde dienen.

Doch können der Natur der Sache nach bei der Frage von der Appellabilität nur die wirklichen, entweder sogleich eintretenden oder für die Zukunft sicher oder doch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in Aussicht stehenden Folgen der Rechtskraft in Betracht kommen, während eine noch unabsehbare bloße Möglichkeit keine Berücksichtigung finden kann.[3]

---

[2] Sarwey, a. a. O. Bd. 19 S. 233. 238—241. 243—251. Seuffert, Archiv Bd. 6. S. 125. 126 Bd. 13 Nr. 71. Bezüglich der dießfälligen Rechtssprechung anderer deutschen Gerichte siehe Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 299. 367. Bd. 8 Nr. 334. 335. Bd. 10 Nr. 109. Bd. 12 Nr. 216. 327. Bd. 13 Nr. 72 und 298. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 7 S. 192. 400. Bd. 8 S. 416. Jahrb. des bad. Oberhofgerichts von 1849/50 S. 300. 445—449. v. 1852/53 S. 313. Strippelmann, Entsch. Bd. 6. S. 380. 382. Vergl. auch Arnold, prakt. Erört. aus dem Rechtsgebiete H. II. S. 340 f.

[3] Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 243. 250. Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 216.

Diese Sätze hat das Obertribunal in einer Reihe von Fällen der neueren Zeit anerkannt, während dasselbe früher vor Aufstellung des obigen Grundsatzes von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe daran festgehalten hatte, daß es bei Berechnung der Berufungssumme nur auf den dispositiven Theil des Erkenntnisses ankomme.[4] Die Annahme des Grundsatzes von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe mußte aber darauf führen, auch die daraus bezüglich der Appellabilitätsfrage sich ergebenden Folgen anzuerkennen, und es ist die Aufgabe dieser Mittheilung, die verschiedenen Fälle zusammen zu stellen, in welchen dies von dem Obertribunal geschehen ist.

1) Eine seit Jahren regelmäßig geleistete Holzabgabe war im Jahr 1849, unter Bestreitung der Verbindlichkeit hiezu, verweigert, und in Folge dessen gerichtliche Klage auf Verabreichung der für das Jahr 1849 verfallenen Leistung erhoben worden. Der Richter zweiter Instanz, in der Unterstellung, daß zwar eine Verbindlichkeit zur Holzabgabe bestehe, aber nur in einem geringeren als dem geltend gemachten Umfange, erkannte dem Kläger einen Theil des für das Jahr 1849 geforderten Holzes zu und wies bezüglich des Mehrbetrags die Klage ab. Da die ganze Jahresleistung nur einen Werth von 200 fl. hatte, so entstand, als beide Theile die Oberberufung ergriffen, die Frage des Vorhandenseyns der appellablen Summe (von 200 fl.) Die Frage wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 8. Februar 1853 bejaht, da die Beklagten die, den unmittelbaren Gegenstand der Klage bildende, Leistung der Holzabgabe für das Jahr 1849 aus Gründen bestritten, welche nicht blos auf diese einzelne Jahresleistung sich beschränken, sondern die

---

[4] So z. B. in einer Entsch. v. 2. April 1841 in S. O. c. W. W.; vom 28. Nov. 1844 in S. K. c. H.; v. 19. Jan. 1847 in S. L. c. H. Uebrigens war schon bei der, unten mitzutheilenden, Entscheidung v. 27. März 1847 in S. H. c. H. die richtige Ansicht zur Geltung gekommen.

Holzberechtigung selbst in ihrem ganzen Umfange erfassen, und ebenso die Gründe, auf welchen die Entscheidungen der vorigen Richter beruhen, die Frage von der Existenz dieser Holzberechtigung selbst zum Gegenstand haben; bei dem Streite über einen einzelnen Ausübungsfall eines umfassenderen Rechts aber das ganze Interesse, welches die appellantische Partei bei der Entscheidung über das dem Anspruche zu Grunde liegende Rechtsverhältniß vermöge der aus dieser Entscheidung entspringenden Rechtskraft hat, bei der Ermittlung der Beschwerdesumme in Berechnnng zu nehmen seye, und hienach der Betrag des für beide Parteien aus dem angefochtenen Erkenntnisse sich ergebenden Beschwerdegegenstandes (bei einer Schätzung des Werths der ganzen Holzberechtigung zu 3000 fl.) die Berufungssumme unzweifelhaft übersteige.[5]

2) Ein Bürge war als solcher auf Bezahlung eines Kaufschillingsrests in Anspruch genommen, das Klagegesuch jedoch in erster Instanz vorläufig nur auf Zuerkennung von 125 fl. nebst Zinsen gerichtet worden, weil zur Zeit der Erhebung der Klage nur dieser Betrag von dem Hauptschuldner als liquid anerkannt, über die Größe der weiteren Forderung aber mit Letzterem noch ein Rechtsstreit anhängig war. Das Vorhandenseyn der Berufungssumme (von 500 fl.) wurde daher beanstandet, als der in den beiden ersten Instanzen abgewiesene Kläger die Oberberufung ergriffen hatte. Das Obertribunal nahm jedoch die Sache als appellabel an,

---

[5] Hiemit stimmen überein die von Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 299 und Bd. 8 Nr. 334 mitgetheilten Entscheidungen des O.-A.-G. zu Mannheim, sowie das ebendas. Bd. 10 Nr. 109 mitgetheilte Erk. des O.-A.-G. zu Kiel, wodurch ausgesprochen wurde, daß, wenn auf den Grund eines behaupteten Rechts auf gewisse periodisch wiederkehrende Leistungen eine einzelne fällige Leistung eingeklagt, von dem Beklagten aber das Recht des Klägers auf solche Leistungen überhaupt bestritten werde, bei Berechnung der Appellationssumme nicht der Betrag der einzelnen fälligen Leistung, sondern das Recht auf solche Leistungen überhaupt, als der eigentliche Gegenstand des Streits in Betracht zu ziehen seye.

und die Motive zu dem Erkenntnisse vom 4. Nov. 1853 sagen hierüber: Nachdem die beiden vorigen Richter die, auf die Behauptung einer von dem Beklagten für seinen Sohn übernommenen Bürgschaft gegründete Klage aus dem Grunde abgewiesen haben, weil sie eine Bürgschaftsverbindlichkeit des Beklagten überhaupt nicht als zu Recht bestehend erkannten, so ist damit, wenn auch nicht nach dem Wortlaute des Urtheils, so doch nach dem aus den Entscheidungsgründen erhellenden Sinne desselben, dem Kläger nicht nur der in erster Instanz eingeklagte Theil seiner Forderung, sondern überhaupt jeder Anspruch an den Beklagten aus der von ihm geltend gemachten Bürgschaft abgesprochen worden; denn wem ein Theil nicht gebührt, kann noch weniger aus demselben Grunde das Ganze zukommen. l. 26 pr. D. de exc. rei jud. (44, 2.).[6] Da nun durch das inzwischen gegen den Hauptschuldner rechtskräftig ergangene Urtheil der Betrag des noch rückständigen Rests der Hauptforderung, für welche der Beklagte als Bürge in Anspruch genommen wird, auf 669 fl. 41 kr. festgestellt worden ist, so ist es auch dieser ganze Betrag, um welchen der Kläger durch die Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen als beschwert erscheint.

3) In einem andern Rechtsfalle war die Klage auf Tragung der Kosten eines Bauwesens an der Kirche zu D. im Betrage von 319 fl. 44 kr. gerichtet und der Beklagte in den beiden ersten Instanzen hiezu verurtheilt worden. Auch hier wurde das Vorhandenseyn der Berufungssumme (von 500 fl.) angenommen, weil, sagen die Motive des Obertribunalerkenntnisses vom 28. / 31. Dez. 1855, unter den Parteien alles das, was der Richter bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses entschieden hat, rechtskräftig wird, ohne daß es darauf ankommt, ob dieß unmittelbar aus der Urtheilsformel selbst oder aus den besonders abgefaßten Urtheilsgründen sich erkennen läßt, und weil daher auch das

---

[6] Savigny, System Bd. 6 S. 450. 451. Wächter, Württ. Priv.-R. Bd. 2. S. 565.

Vorhandenseyn der Berufungssumme nach dem hienach sich ergebenden Umfang der Entscheidung festgestellt werden muß. In gegenwärtigem Falle hat der Beklagte überhaupt jede Verbindlichkeit zur baulichen Unterhaltung der Kirche zu D. in Abrede gezogen, und es beruhen die Entscheidungen der vorigen Richter auf dem Nachweis, daß dem Beklagten diese von ihm bestrittene Baulast obliege. Da nun die Entscheidung hierüber, wenn sie auch im Erkenntnisse nicht enthalten ist, nach dem angeführten Grundsatze in Rechtskraft übergeht, der Streitwerth in dieser Richtung aber die appellable Summe weit übersteigt, so war der Streit als an das Obertribunal erwachsen anzunehmen, ohne daß hiegegen in Betracht käme, daß der Kläger nur eine Entscheidung über den einzelnen Fall verlangt hat.

4) In gleicher Weise und aus denselben Gründen wurde die Appellabilität in den beiden am 17. Oktober 1860 entschiedenen Revisionssachen der Gemeinde B. gegen die K. Oberfinanzkammer, Kirchen-, Pfarr- und Schulhaus-Baulast, auch Pfarr- und Schulbesoldung betr. angenommen, obwohl auch hier der Werth des unmittelbaren Streit- und Beschwerdegegenstandes die Revisionssumme nicht erreichte.

5) Ebenso wurde die Oberberufung in einem den Ersatz aufgewendeter Alimente betreffenden Rechtsstreit zugelassen, unerachtet die zunächst eingeklagte Ersatzforderung, worüber nach dem Wortlaut der den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisse der beiden ersten Instanzen erkannt worden, ihrem Betrage nach die Berufungssumme nicht erreichte. Denn es kam, ist in den Motiven zu dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 15./16. Februar 1860 gesagt, in Betracht, daß die unterrichterlichen Erkenntnisse eine Entscheidung über die zwischen den Parteien bestrittene Verbindlichkeit der Beklagten zum Ersatz solchen Aufwands überhaupt, worüber die Entscheidungsgründe sich verbreiteten, zur Unterlage haben, welche mit dem dispositiven Inhalt jener Erkenntnisse ein unzertrennliches Ganze bildet. Auf den Grund dieser

Entscheidung, wenn sie rechtskräftig würde, müßte daher bei künftigen Ersatzansprüchen der Klägerin wegen fernerer auf die D.'schen Kinder zu verwendender Alimente, die Ersatzverbindlichkeit der Beklagten an sich als rechtskräftig festgestellt angenommen, und da es nicht nur möglich, sondern sehr wahrscheinlich ist, daß der dießfällige Aufwand die Berufungssumme erreiche oder übersteige, so mußte der Streitgegenstand als nicht wohl schätzbar behandelt und hienach die Oberberufung angenommen werden.

6) Die Fürstl. Standesherrschaft S. B. hatte seit 1850 die Fortreichung der bis dahin geleisteten vollen Pfarrbesoldung von G. verweigert und die Pfarrei G. daher auf Abreichung der pro 1851 und 1852 verfallenen Besoldungstheile mit zusammen 222 fl. 30 kr. geklagt. Die Beklagte machte hiegegen geltend, daß die Pfarrbesoldung ausschließlich auf dem Zehnten ruhe, und daher der Ablösung unterworfen sey, während die Klägerin die Besoldungslast als eine Komplexlast bezeichnete, und demzufolge die Fortdauer der Verbindlichkeit der Beklagten zur Fortreichung der Besoldung behauptete. Das Oberamtsgericht G. trat der letzteren Ansicht bei und verurtheilte die Beklagte der Klagbitte gemäß zur Abreichung der pro 1851 und 1852 verfallenen Besoldungstheile. Der Gerichtshof erkannte rejektorisch. Auch hier entstand, als die Sache von der Beklagten in die dritte Instanz gebracht wurde, die Frage des Vorhandenseyns der appellablen Summe, da der unmittelbare Streitgegenstand die erforderliche Appellationssumme von 500 fl. nicht erreichte. Von dem Obertribunal wurde die Frage jedoch durch Erkenntniß vom 22. November 1856 bejaht, da in der Entscheidung über die den unmittelbaren Gegenstand der Klage bildenden zwei Jahresraten der Pfarrbesoldung (im Hinblick auf die Gründe des Urtheils) zugleich eine zur Rechtskraft geeignete Entscheidung über die fernere Leistung dieser Besoldung liege, und demzufolge nach der von dem Obertribunal angenommenen Thesis die Appellabilität nicht bezweifelt werden könne.

7) In einem andern Rechtsstreit war der Beklagte, welcher in Gesellschaft mit der Klägerin von Martini 1856 bis Jakobi 1860 eine Mühle gepachtet, die Klägerin aber vom 4. August 1858 an von der Theilnahme an dem Pacht ausgeschlossen hatte, auf Bezahlung eines jährlichen Schadenersatzes von 150 fl. für die Zeit vom 4. August 1858 bis 25. Juli 1860 belangt, von dem Richter zweiter Instanz jedoch nur zu Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 173 fl. für die Zeit vom 4. August 1858 bis 30. Septbr. 1859 (dem Tage des Urtheils) verurtheilt, mit der Forderung des Gewinnantheils für die Zeit vom 30. September 1859 bis 28. Juli 1860 dagegen die Klägerin zur Zeit abgewiesen worden. Dieses Urtheil war darauf gegründet, daß der Beklagte, in Folge seines einseitigen Ausschlusses der Klägerin von dem Pacht, schuldig seye, dieser für die ganze Dauer der Pachtzeit die Hälfte des, von dem Beklagten selbst zu jährlichen 300 fl. angegebenen Reingewinnes herauszugeben, daß aber die Klägerin zur Zeit nur die Hälfte des bereits vorliegenden Gewinns verlangen könne, und ihr Anspruch auf Ersatz des künftigen noch ungewissen Gewinnantheils verfrüht seye. Nachdem der Beklagte gegen dieses Urtheil die Oberberufung ergriffen, entstand, da der unmittelbare Gegenstand der Verurtheilung nur 173 fl. betrug, die Frage des Vorhandenseyns der Berufungssumme (von 200 fl.). Diese Frage wurde durch Entscheidung des Obertribunals vom 8. Juni 1860 bejaht, da der Richter zweiter Instanz nach den Entscheidungsgründen über die Verbindlichkeitsfrage überhaupt entschieden, und damit den Beklagten auch bezüglich der Hälfte des künftigen Gewinns für ersatzverbindlich erkannt habe, auch dieser künftige Gewinnantheil daher bei Beurtheilung der Appellabilität mit in Berechnung zu nehmen seye, da solcher schon zur Zeit des Urtheils zweiter Instanz als höchst wahrscheinlich in Aussicht gestanden, und inzwischen unzweifelhaft eingetreten seye, soferne der Beklagte selbst eine nach der Zeit des Urtheils eingetretene Aenderung der Verhältnisse nicht behauptet habe.

8) Derselbe Grundsatz kam in einem Rechtsstreit zur Anwendung, in welchem es sich um Entschädigung wegen erlittener Körperverletzung handelte. Der Richter erster Instanz hatte den Beklagten zum Ersatz von 37 fl. 18 kr. Kurkosten verurtheilt, dagegen den Kläger mit seiner Klage, soweit sie auf eine weitere Entschädigung von 150 fl. wegen verminderter Arbeitsfähigkeit seines vom Beklagten angeblich körperlich beschädigten 11½jährigen Sohnes gerichtet war, aus dem Grunde zur Zeit abgewiesen, weil sich jetzt noch nicht bestimmen lasse, ob und in wie weit des letzteren Fortkommen erschwert sey, indem er sich jetzt noch für keinen bestimmten Beruf entschieden habe, auch Kläger nicht behaupte, daß er ihm jetzt schon Dienste leiste. Gegen dieses Erkenntniß war von dem Beklagten die Berufung ergriffen und solche von dem Richter zweiter Instanz angenommen worden. In dritter Instanz wurde jedoch eingewendet, daß die Sache Mangels der appellablen Summe (von 50 fl.) gar nicht in die zweite Instanz erwachsen seye. Dieser Einwurf wurde von dem obersten Richter nicht für gegründet erkannt.

Zwar konnte der Beklagte, sagen die Motive zu dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 16. Juni 1860, wegen der 37 fl. 18 kr. allein die Berufung selbstverständlich nicht ergreifen. Es fragt sich daher, ob die Abweisung der Klage zur Zeit, wie solche hinsichtlich des zweiten Punktes im erstrichterlichen Erkenntnisse ausgesprochen war, in gewissen Beziehungen bereits eine Verurtheilung des Beklagten enthielt, indem nur dann im Fall der dereinstigen Erneuerung dieser zweiten Forderung aus jenem Erkenntnisse die Einrede einer bereits erfolgten rechtskräftigen Entscheidung abgeleitet werden könnte. Nun ist nach den Entscheidungsgründen des Richters erster Instanz, welche in solchen Beziehungen, was die Elemente der Entscheidung betrifft, in Rechtskraft übergehen, anzunehmen, daß der Richter erster Instanz allgemein ausgesprochen hat, Beklagter habe die Verletzung, welche der Knabe des Klägers erlitten, verschuldet, er sey

jedenfalls culposer Urheber derselben und es treffen ihn deßhalb die civilrechtlichen Folgen hievon. Ferner ergibt sich aus den Entscheidungsgründen, daß der Richter erster Instanz die Klage in fraglicher Beziehung blos deßhalb zur Zeit abgewiesen hat, weil der Knabe jetzt noch nichts verdienen, dem Kläger namentlich noch keine häuslichen Dienste leisten könne. Hierin liegt aber zumal im Zusammenhange mit den vorausgeschickten Erörterungen der Ausspruch, daß, wenn sich dieß mit dem zunehmenden Alter des Knaben ändere, die Haftpflicht des Beklagten in den übrigen allgemeinen Beziehungen begründet sey.

Unter solchen Umständen muß im erstrichterlichen Erkenntniß der Ausspruch gefunden werden, der Beklagte sey, wenn der Knabe dem Kläger einmal Dienste leisten könne, auch in dieser zweiten Richtung ersatzpflichtig. Erneuert dann Kläger später seine Forderung, so handelt es sich zwar nicht um eine bereits vollständig entschiedene Sache, aber um die Geltendmachung einzelner, schon im früheren Rechtsstreite als begründet angenommener und entschiedener, den zweiten Anspruch wesentlich bedingender Momente der Entscheidung, und war daher die vorliegende Rechtssache, wie sie sich durch das erstrichterliche Urtheil festgestellt hatte, dem Gerichtshofe gegenüber appellabel, weil sonst bezüglich jener einzelnen Momente und Bestandtheile des fraglichen zweiten Rechtsverhältnisses die Rechtskraft eingetreten wäre. Würde ein Kläger in der Lage des gegenwärtigen mit seiner an sich inappellablen Kurkostenforderung aus dem Grunde abgewiesen, weil der Beklagte die fragliche Verletzung in keinerlei Weise verschuldet habe, so könnte er unzweifelhaft später auch nicht wegen verminderter Arbeitsfähigkeit seines Sohnes auf Schadenersatz klagen. Es stände ihm die Einrede der bereits entschiedenen Sache entgegen. Es muß daher auch, wenn der umgekehrte Fall eintritt, wenn der Richter in Ansehung jener Kurkosten den Beklagten für schuldig und verbindlich angenommen und zu deren Ersatz verurtheilt hat, hinsichtlich der den beiden Forderungen gemeinsamen Grund-

lagen das Gleiche gelten und Beklagter in einem solchen Fall in gleicher Weise zur Berufung berechtigt seyn. Zwar kann die bloße Möglichkeit, daß in Folge einer Verurtheilung eine weitere Forderung erhoben werden könnte, nicht von Einfluß auf die Beurtheilung der Appellabilität seyn. Allein die Verhältnisse des vorliegenden Falls sind nicht von dieser Art. Der Sohn des Klägers ist beinahe 13 Jahre alt, somit die Zeit, wo er arbeitsfähig wird, nicht zu ferne; ferner ist durch das ärztliche Zeugniß mehr als angezeigt, daß er eine nicht unbedeutende Verletzung erlitten hat; es heißt in diesem Zeugniß, es sey ein theilweiser verminderter Gebrauch seines linken Fußes für die Zukunft dauernd gegeben, auch hat der Kläger bereits den Versuch, diese weitere Ersatzforderung gerichtlich zu verfolgen, gemacht und damit die Ernstlichkeit seines Willens an den Tag gelegt. Unter solchen Umständen konnte, besonders im Hinblick auf die Art und Weise, wie der Richter erster Instanz dem Obigen zufolge die Sache nach ihren allgemeinen Beziehungen beurtheilt hatte, in dem Augenblicke, als der Richter zweiter Instanz die Sache annahm, nicht blos von einer entfernten Möglichkeit einer weiteren Forderung die Rede seyn, sondern es sprach im Gegentheil alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Kläger, und zwar nicht in zu entfernter Zeit, eine solche weitere Forderung in der schon bezeichneten zweiten Richtung erheben werde.

9) In einem ähnlichen Falle, welcher gleichfalls Entschädigung wegen Körperverletzung zum Gegenstand hatte, wurde dagegen die Appellabilität nicht angenommen, weil solche nur auf die entfernte Möglichkeit eines höheren Interesse gegründet worden war. Durch das Erkenntniß zweiter Instanz war der Bekl. zu Bezahlung der von dem Kläger geforderten Kurkosten im Betrage von 85 fl. 34 kr. verurtheilt, die weitere Ersatzforderung des Klägers von 400 fl. für die seinem Sohne durch die Körperverletzung angeblich zugegangenen bleibenden Nachtheile dagegen zur Zeit abgewiesen worden, letzteres aus dem Grunde, weil zur Zeit un-

gewiß sey, ob ein bleibender Nachtheil für den Sohn des Klägers zurückbleiben werde. Hiegegen ergriff der Beklagte die Oberberufung, und suchte das Vorhandenseyn der appellablen Summe (von 200 fl.) damit zu begründen, daß nach den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil zweiter Instanz die Verbindlichkeit des Beklagten an sich zum Ersatze des dem Sohne des Klägers durch fragliche Körperverletzung zugegangenen Schadens ausgesprochen worden seye, somit der Beklagte wegen der möglichen Erneuerung des nur zur Zeit abgewiesenen Anspruchs des Klägers auf weitere Entschädigung ein über den Gegenstand der Verurtheilung hinausgehendes Interesse an Beseitigung des Urtheils habe. Das Obertribunal erkannte jedoch laut Entscheidung vom 15. März 1853 die Sache nicht für appellabel, da die bloße Aussicht auf einen möglichen, späteren Ersatzanspruch des Klägers den Beklagten nicht berechtigen könne, diesen sowohl an sich, seiner Existenz, als auch seiner Größe nach zur Zeit noch völlig ungewissen Anspruch bei der Frage über die Appellabilität geltend zu machen.

10) Bei einem von O. in Gemeinschaft mit mehreren Anderen gemachten Gutshandel hatte sich ein Verlust von 2—3000 fl. ergeben, weßhalb O. den St. als angeblichen Mitgesellschafter auf Ersatz des ihn treffenden $^1/_7$ des Verlusts im Betrage von 467 fl. belangte. Nachdem die Klage in I. und II. Instanz als ungegründet abgewiesen, und von dem Kläger die Oberberufung hiegegen ergriffen worden, machte dieser Behufs des Nachweises der erforderlichen Berufungssumme (von 500 fl.) geltend, daß die Rechtskraft des angefochtenen Urtheils sich über die eingeklagte Ersatzforderung hinauserstrecke, soferne der Kläger im Falle etwa eintretender Insolvenz der anderen Mitgesellschafter zu einem weiteren Ersatzanspruche an den Beklagten Anlaß erhalten könnte, dieser Anspruch aber, wenn das Urtheil in dem gegenwärtigen Rechtsstreit rechtskräftig geworden, nach den Gründen dieses Urtheils gleichfalls rechtskräftig aberkannt wäre. Das Obertribunal wies jedoch durch Erkenntniß vom 5. Sept. 1857 die Berufung Mangels der appellablen Summe zurück. Denn sagen

die Motive, es steht zur Zeit ganz dahin, ob der Kläger überhaupt nur in die Lage kommen wird, später weitere Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage an den Bekalgten zu erheben, ob insbesondere die von ihm bezeichneten anderen Gesellschafter ihre etwaigen Verbindlichkeiten zu erfüllen außer Stande seyn werden, und ob der Beklagte auch im Falle einer etwa eintretenden Insolvenz jener anderen Gesellschafter für deren Antheile von dem Kläger in Anspruch genommen werden wird, oder bei etwa vorliegenden besonderen Verhältnissen zwischen dem Kläger und jenen anderen Gesellschaftern mit Grund in Anspruch genommen werden kann. Es ist somit zur Zeit weder nachgewiesen, noch auch nur näher bescheinigt, daß der Kläger später zu weiteren Ansprüchen an den Beklagten Grund oder Anlaß haben wird, und es erscheint die Geltendmachung weiterer Regreßansprüche des Klägers gegen den Beklagten nur als etwas, was möglicher Weise eintreten kann. Das Erkenntniß in dem gegenwärtigen Rechtsstreite hat daher nur die mögliche Folge, daß dasselbe für einen etwaigen künftigen Rechtsstreit des Klägers mehr oder weniger von Wirkung seyn kann. Ein solches Interesse des Klägers wegen bloß möglicher Folgen des Erkenntnisses kann aber bei der Frage der Appellabilität nicht in Betracht kommen.

11) In ähnlicher Weise sprach sich das Obertribunal in folgender Sache aus: Die im Gante ihres Vaters mit einem Theil ihres Mutterguts zu Verlust gekommene Caroline G. erhob gegen die Mitglieder des Gemeinderaths zu R., welchen sie die Schuld ihres Verlusts beimaß, eine, zunächst übrigens nur gegen drei Mitglieder gerichtete Regreßklage, in erster Instanz auf Ersatz des ganzen Schadens mit 851 fl. 24 kr., in zweiter Instanz, in Folge der von den Beklagten vorgeschützten Einrede der Theilung, nur noch auf Ersatz der auf die drei Beklagten entfallenden $^3/_7$ mit 364 fl. 30 kr., doch unter Vorbehalt der Nachforderung des Restes erforderlichen Falls. Die beiden ersten Richter wiesen die Klage als unbegründet ab, von dem Obertribunal aber wurde die Oberberufung wegen Mangels der Berufungssumme (von

500 fl.) abgeschlagen. Zwar würde, sagen die Motive zu dem Obertribunalerkenntnisse vom 20. Okt. 1857 / 9. Januar 1858, wenn die Klägerin nunmehr die übrigen vier Gemeinderathsmitglieder auf Ersatz der diese treffenden Antheile belangen und gegen sie ein obsiegendes Urtheil erwirken würde, dieses aber wegen Unvermögenheit der Verurtheilten nicht vollstreckt werden könnte, und die Klägerin sofort wegen des Ausfalls ihren Rückgriff gegen die jetzigen Beklagten nehmen wollte, dieser Klage die Rechtskraft des jetzt angefochtenen Urtheils in gegenwärtigem Rechtsstreit, da hiedurch nach dessen Gründen das Bestehen einer Regreßverbindlichkeit überhaupt verneint worden ist, im Wege stehen, und aus diesem Grunde dem Gegenstand der vorliegenden Beschwerde möglicher Weise ein die Berufungssumme erreichender Werth beizulegen seyn. Allein dieß reicht nicht hin, um die Appellabilität der Sache zu begründen, sondern es müßte thatsächlich feststehen,[7] daß bei der Vollstreckung eines obsiegenden Urtheils gegen die übrigen vier Gemeinderathsmitglieder wegen deren Unvermögenheit für die Klägerin ein Ausfall von solchem Betrage, welcher in Verbindung mit der jetzt eingeklagten Summe die Berufungssumme erreichen würde, sich ergebe. Dieß ist jedoch dermalen um so weniger anzunehmen, als die Klägerin **selbst anführt, daß die übrigen Gemeinderathsmitglieder zahlungsfähig seyen.**[8] Sollte aber später etwa der (als möglich) vorausgesetzte Fall dennoch eintreten, so bleibt der Klägerin offen, wegen dieses neu entstandenen thatsächlichen Grundes gegen das die Berufung wegen Mangels der Berufungssumme

---

[7] Oder doch wahrscheinlich gemacht seyn, denn ein voller Beweis, eine vollständige Gewißheit kann der Natur der Sache nach nicht verlangt werden.

[8] Der Fall eines Rückgriffs an die jetzigen Bekl. stand somit den eigenen Angaben der Klägerin zu Folge gar nicht in Aussicht, konnte daher auch die Appellabilität nicht begründen.

abschlagende Urtheil Wiedereinsetzung und mittelst derselben materielle oberstrichterliche Entscheidung nachzusuchen.[9]

12) Ein Beklagter, gegen welchen mehrere, auf verschiedenartigen Rechtsgründen beruhende, Forderungen eingeklagt worden, und welcher diese nicht nur bestritten, sondern auch die Einrede der Kompensation dagegen vorgeschützt hatte, ergriff gegen das ihn verurtheilende Erkenntniß eines Gerichtshofes die Oberberufung. Da jedoch die eingeklagten Forderungen je für sich die appellable Summe nicht erreichten und eine Zusammenrechnung derselben Behufs der Herstellung der Appellationssumme nicht zulässig war, so war die Berufung insoweit, als die Beschwerde dagegen gerichtet war, daß die verschiedenen Forderungen des Klägers als begründet und erwiesen angenommen worden, wegen mangelnder Appellationssumme nicht an das Obertribunal erwachsen. Soferne dagegen die Beschwerde des Beklagten dagegen gerichtet war, daß seine Kompensationseinrede als ungegründet verworfen worden, welche Verwerfung aus den Entscheidungsgründen erhellte, wurde die Berufung, da die Kompensationsforderung die zur Oberberufung erforderliche Summe überstieg, durch Erkenntniß des Obertribunals vom 28. Februar 1846 / 27. März 1847 für zulässig erklärt, weil, wenn es bei dem angefochtenen Erkenntnisse verbliebe, der Beklagte hiedurch mit einem die Berufungssumme übersteigenden Nachtheil bedroht wäre, indem, wenn er nachher seine Gegenforderung mittelst abgesonderter Klage geltend machen wollte, dieser Klage die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegenstehen würde.[10]

---

[9] Dieser Fall ist zwar schon in Seuffert's Archiv, Bd. 13 Nr. 71 von mir veröffentlicht worden; die Rücksicht auf Vollständigkeit und Uebersichtlichkeit schien mir jedoch demungeachtet die Aufnahme unter obige Sammlung zu gebieten.

[10] l. 8. §. 2 D. de neg. gest. (3, 5.) l. 7. §. 1 D. de compens. (16, 2.) Savigny, System Bd. 6 S. 368. Wächter, Württ. Priv.-R. Bd. 2 S. 565. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 6 S. 384. 534. 609. Volley, Comm. Bd. 2 S. 900. 901. Vergl. auch die Entsch.

13) In dem Gante des M. wurde der von B. erhobene Eigenthumsanspruch an gewisse Fahrnißgegenstände, welche M. laut Kaufvertrags vom 22. August 1853 an B. veräußert hatte, zum abgesonderten Verfahren verwiesen. Die im Streit befangene Fahrniß wurde versteigert und der an ihre Stelle getretene Erlös von 275 fl. 30 kr. als bestrittener Theil der Aktivmasse behandelt. In der Gantverweisung wurde der Pfandgläubiger R. im Ganzen mit 254 fl. 25 kr. auf jenen Erlös verwiesen, darunter auf den bei B. selbst ausstehenden Theil des Erlöses mit 142 fl. 46 kr., übrigens unter dem Anfügen, daß R., falls er in dem Streite mit B. unterliegen würde, den auf ihn verwiesenen Betrag von 254 fl. 25 kr. dem B. zu überlassen hätte. R. belangte nun den B. auf Bezahlung der bei diesem ausstehenden 142 fl. 46 kr.; dieser, unter Berufung auf den Kaufvertrag vom 22. August 1853, bat um Abweisung der Klage. Der Richter erster Instanz verurtheilte den Beklagten, von dem Richter zweiter Instanz dagegen wurde er für den Fall der Ableistung eines ihm auferlegten Eides von der Klage entbunden. Als der Kläger hiegegen die Oberberufung ergriffen hatte, entstand die Frage des Vorhandenseyns der appellablen Summe (von 200 fl.), da der unmittelbare Gegenstand des Urtheils und der Beschwerde nur 142 fl. 46 kr. betrug. Das Obertribunal bejahte durch Erkenntniß vom 29. Januar 1859 die Frage, und es besagen hierüber die Gründe: Gegenstand der Entscheidung ist der von B. im Gante des M. auf Grund des Kaufvertrags vom 22. August 1853 erhobene und zum abgesonderten Verfahren verwiesene Eigenthumsanspruch. . . . Durch

---

des Obertribunals v. 7. April 1852 in S. W. c. L. mitgetheilt von Sarwey, a. a. O. Bd. 20 S. 323—325. Ferner die Entsch. des O.-A.-G. zu München v. 13. Nov. 1847 bei Seuffert, Archiv Bd. 1 Nro. 367. Entsch. des Obertribunals zu Berlin, v. 26. Jan. 1847 bei Savigny, System Bd. 6 S. 405. 406. Dagegen eine Entsch. des O.-A.-G. zu Darmstadt v. 7. Okt. 1856 bei Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 327.

das Urtheil des Gerichtshofs sind (wie aus dem Zusammenhalt mit den Entscheidungsgründen erhellt), die dem Eigenthumsanspruch des B. entgegengehaltenen Einreden, daß der Kaufvertrag wegen des vorangegangenen Veräußerungsverbots nichtig, daß er ein bloßes Scheingeschäft sey, und daß er jedenfalls der Anfechtung mittelst der Paulianischen Klage unterliege, die beiden ersten unbedingt, die dritte unter der Bedingung der Eidesleistung als ungegründet verworfen worden. Alle drei Einreden beziehen sich auf sämmtliche Fahrnißstücke, welche der Beklagte durch den Kaufvertrag erworben zu haben behauptet, also auf den ganzen Betrag der dem R. an dem Erlöse zugewiesenen Summe von 254 fl. 25 kr. Wird das Urtheil des Gerichtshofs rechtskräftig, so folgt, daß der Streit über jene drei Fragen zwischen denselben Parteien nicht mehr erneuert werden kann. Würde daher der jetzige Kläger nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils des Gerichtshofs von dem Beklagten belangt, nunmehr auch den übrigen Theil des Fahrnißerlöses im Betrage von 111 fl. 39 kr. herauszugeben, so wäre der erstere nicht befugt, auf jene Einreden zurück zu kommen; denselben würde im neuen Prozeß die Replik der rechtskräftigen Entscheidung entgegenstehen. Wenn aber die Rechtskraft des Urtheils des Gerichtshofs in den gedachten Beziehungen nicht nur auf die zunächst eingeklagten 142 fl. 46 kr., sondern auf den ganzen Betrag der bestrittenen Verweisungssumme von 254 fl. 25 kr. sich erstreckt, so ist auch diese ganze Summe bei Beurtheilung der Appellabilität als Beschwerdesumme des Klägers in Berechnung zu nehmen.[11]

II. Wenn an die Rechtskraft einer Entscheidung sich ein über den Werthbetrag des unmittelbaren Klage- oder Beschwerdegegenstandes hinausreichendes rechtliches Interesse anknüpft, und über dieses umfassendere Recht selbst gestritten worden ist, so erfordert es, wie das Obertribunal schon in

---

[11] Auch von Tafel, Civ.-Rechtsspr. Bd. 4. S. 159—161 mitgetheilt.

mehreren Fällen, insbesondere bei den Sportelansätzen zu den Erkenntnissen vom 8. Februar 1853 in S. v. D. c. D., vom 4. November 1853 in S. K. c. St., vom 15./16. Febr. 1860 in S. D. c. H. und vom 17. Okt. 1860 in S. B. c. O. F. K. anerkannt hat, die Konsequenz, auch die Sportel aus dem Werthsbetrage des umfassenderen Rechts zu berechnen. Insbesondere gilt dieß in dem Falle, wenn die Berufungssumme gerade nur mit Rücksicht auf die über den unmittelbaren Gegenstand des angefochtenen Urtheils hinaus reichende Rechtskraft desselben, und das hiedurch begründete höhere Interesse der appellirenden Partei als vorhanden angenommen wird.[12]

---

2) Darf die Einrede der Verjährung von Richteramts wegen ergänzt werden?

(Von Herrn Oberjustizassessor Probst in Tübingen.)

Das Obertribunal hat die bejahende Lösung dieser Frage nach einem in seine Präjudiziensammlung aufgenommenen Beschluß vom 3. November 1823 als Gewohnheitsrecht erklärt, auch diese Thesis in einer Entscheidung vom 20. Dezember 1832 abermals bestätigt.

Seitdem haben die Gerichte des Landes hievon mannigfache, theilweise auch eine sicherlich zu energische Anwendung insoferne gemacht, als sie an der Hand jenes Satzes sich für befugt hielten, auf Grund der supplirten Einrede zu entscheiden, ohne zuvor den Kläger darüber gehört zu haben. Eine solche Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehöres kann wohl nicht im Sinne der Obertrib. Thesis gelegen seyn, indem es einerseits zu exorbitant wäre, den Richter zu ermächtigen, die mannig-

---

[12] Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 234. 254—258. Unrichtiger Weise nur aus dem unmittelbaren Streit- und Beschwerdegegenstand wurde die Sportel angesetzt d. 28./31. Dez. 1855 in S. B. c. D. und den 29. Jan. 1859 in S. R. c. B.

fachen möglichen Repliken (z. B. der Unterbrechung, des Verzichtes) zum Voraus abzuschneiden, andererseits eine der Auktoritäten, welche nach der Notiz in Sarwey's Monatschr. Bd. 18, S. 33 für den Obertrib.-Beschluß maßgebend gewesen zu seyn scheinen, nämlich Mevius,[1] die Nothwendigkeit, dem rechtlichen Gehör nicht zu nahe zu treten, ganz besonders betont.

Hieneben ist die Thesis aber auch Seitens sowohl einzelner Gerichte, als württembergischer Rechtslehrer[2] angezweifelt worden, und mag es die entstandene Unsicherheit der Behandlung, zumal neuerdings in Folge des Gesetzes über Abkürzung der Verjährungsfristen für manche Forderungen vom 6. Mai 1852 die Frage zu größerer praktischer Bedeutung gelangt ist, rechtfertigen, dieselbe in eingehendere Untersuchung zu ziehen.

I. Von einer richteramtlichen Ergänzung einer Einrede[3] kann natürlich nur die Rede seyn, wenn einerseits die thatsächlichen Anhaltspunkte für dieselbe bei den Akten, dem Richter also nicht blos aus seiner Privatwissenschaft bekannt sind, gemäß dem auch in's IV. Ed., §. 78, Ziff. 4 aufgenommenen Grundsatz: quod non est in actis, non est in mundo, andererseits aber der Beklagte gleichwohl daraus eine Einrede entweder überhaupt nicht, oder nicht in der dafür prozessualisch angesetzten Präklusivfrist formulirt hat. Innerhalb dieser Grenzlinien sind drei Fälle zu unterscheiden:

A. Bekl. hat in seinem Vertheidigungsvorbringen die thatsächlichen Merkmale der Einrede im richtigen Termine angeführt und schließlich auf Grund seines Vorbringens die Bitte um Abweisung der Klage gestellt, ohne aber

---

[1] Decis. VII. dec. 182.

[2] Wächter, w. Pr.-R. II. S. 821. N. 7. Hufnagel, Mittheilungen II. S. 462; auch Berner-Schäfer, S. 316. N. 4.

[3] Was hier von Einreden gesagt wird, hat selbstverständlich ebenso auf Repliken und Dupliken Anwendung.

jene Thatsachen zur bestimmten technischen Einrede zu formuliren.

Hier tritt schon gemeinrechtlich das suppletorische Amt des Richters in der Weise ein, daß die Einrede als rechtmäßig vorgeschützt anzunehmen und das Weitere darüber einzuleiten ist.[4]

B. Die zu Begründung einer Einrede dienenden Thatsachen finden sich in den Akten vor, ohne einen Zusammenhang mit der Absicht des Bekl. zu excipiren. Es kann dies in der Art der Fall seyn, daß diese Elemente einer Einrede in dem eigenen Vorbringen des Klägers enthalten sind, ohne aber von dem Bekl. benützt zu werden, wie dies leicht bei der Verjährungseinrede eintreten kann, wenn die Gattung der Forderung und das Datum der Entstehung in der Klage bemerkt ist; oder jene Thatsachen finden sich in Hilfsakten, die der Richter von Amtswegen eingefordert hat; oder endlich der Bekl. selbst bringt jene Umstände vor, jedoch nur nebenbei und ohne erkennbare Absicht, darauf zu seiner Vertheidigung zu fußen.

In diesem Falle weicht das gemeine von dem württ. Prozeßrechte ab. Gemeinrechtlich kann das Gericht hier keine Einrede statuiren, weil es durch die Verhandlungsmaxime darauf angewiesen ist, nur das von der Partei in der richtigen Weise und im richtigen Termine zum Zweck ihrer Rechtsvertheidigung dargebotene Material zu berücksichtigen.[5] Nach württ. Rechte dagegen ist

---

[4] z. vergl. cap. 6. X. judic. (2, 1.) L. 6. §. 1. D. off. praes. (1, 18.)

[5] z. vergl. Gönner, Hdb. I. Abth. 8 u. 10. Grolmann, Theorie §. 78. Linde, Lehrb. §. 160. N. 1 u. 2, und besonders in der Zeitschr. für C.-R. und Proz. Bd. 2. S. 192 ff. Schmid, Hdb. des C.-P. II. S. 29 ff. Bayer, 8. Aufl. S. 32. 35. Wetzell, Syst. S. 61. 62. 369. Nur wenn der thatsächliche Grund der Einrede vom Kl., und zwar animo confitendi vorgetragen worden ist, machen Einzelne eine Ausnahme: Bethmann-Hollweg, Versuche S. 302. Wetzell, S. 107.

1) im oberamtsgerichtlichen Prozesse der Richter ermächtigt — verpflichtet ist er auch hier nicht — jenes Einredematerial zu berücksichtigen, soferne §. 77 des IV. Ed. ihm nicht nur gestattet, die durch die Akten angezeigten Mittel zu benützen, deren Anwendung die Partei selbst im Weg der Verhandlung zu begehren berechtigt gewesen wäre, sondern speziell hinsichtlich der Einreden erlaubt, solche, wenn sie aus den in den Akten liegenden Thatsachen sich ergeben, von Amtswegen zu ergänzen.[6] Indessen sind diesem Rechte mehrfache Schranken zu ziehen.

Zunächst muß außer Zweifel gestellt seyn, daß der Beklagte die Einrede, welche ihm auf solche Art supplirt wird, nicht etwa absichtlich verschmäht, sondern nur aus Irrthum unterlassen hat. Aus dem allgemeinen auf Abweisung der Klage gerichteten Schlußantrag ist noch nicht ohne Weiteres zu folgern, daß der Beklagte jedes zur Ent-

[6] In Hinsicht dieser letzten Vorschrift des Abs. 3 decken sich freilich das Gesetz und die in den Bemerkungen der Referenten enthaltene Motive nicht. Letztere reden nicht von einem allgemeinen richterlichen Recht der Bildung von Einreden aus den in den Akten liegenden Thatsachen, sondern scheinen dasselbe beschränken zu wollen auf die Bildung von Einreden aus dem „unbestimmten faktischen Vorbringen des Bekl.", worin nur „ein Akt der richterlichen Reflexion liege, ohne daß der Richter die Rolle des Fürsprechers einer Partei sich zueigne" (Bem. Ziff. 7. N. bei Nr. 4). Sonach wäre hier nur die im Contexte lit. A. berührte schon gemeinrechtlich anstandslose Thätigkeit gemeint. Allein die Worte des Gesetzes gehen weiter und schließen auch das Recht der Ergänzung mittelst der in den Hilfsakten oder dem Vorbringen des Klägers liegenden Thatsachen ein, und so sehr die Bemerkungen der Referenten zu Erläuterung des Geistes der neuen Prozeßordnung von Werth sind, so muß man doch vorsichtig seyn, an ihrer Hand den grammatikalisch klaren Sinn einer einzelnen Stelle zu korrigiren, weil sie nicht den Willen des Gesetzgebers selbst ausdrücken, und über das Schicksal, welches eine Stelle in der Organisationskommission hatte, kein Aufschluß vorhanden ist. Ich bin übrigens mit Hufnagel, Mitth. II. S. 466, darin einverstanden, daß auch, wenn Abs. 3 gar nicht dastünde, das Recht des Richters, allen an irgend einem Orte der Akten vorfindlichen Einredestoff zu berücksichtigen, schon aus Abs. 1 des §. 77 abzuleiten wäre.

bindung von der Klage dienende Mittel benützen und die Auswahl desselben dem Richter überlassen will. Wenn er z. B. einfach den Klagegrund bestritten und eine aus den Akten ersichtliche liquide Gegenforderung nicht in Kompensation gebracht hat, so liegt es in seinem wohlbegründeten Interesse, daß nun über das bestrittene Daseyn eines Klaganspruchs erkannt, nicht aber die Existenz dieses Anspruchs dahin gestellt, und er auf Grund einer supplirten Kompensationseinrede losgesprochen werde; sonst wäre er genöthigt, den Streit über die Klagforderung in der lästigeren Klägerrolle und beziehungsweise an einem lästigeren Gerichtsorte zu erneuern. In andern Fällen kann ein Beklagter guten Grund haben, eine Einrede auch wider sein pekuniäres Interesse zu unterlassen, z. B. er hält es gegen seine Ehre, die Freundschaft und Geduld des Klägers mit einer Verjährungseinrede zu entgelten, und verlangt die Abweisung nur, weil er eine seit der Verjährung entstandene Gegenforderung zu haben glaubt. Würde dennoch lediglich eine solche absichtlich unterlassene Einrede zum Abweisungsgrunde genommen, so müßte ein solches Erkenntniß als nichtig erscheinen, weil es dem den Parteien über den Streitgegenstand zustehenden Dispositionsrechte zuwider auf eine Frage gebaut wurde, die gar nicht Streitpunkt war. Denn auch die Erlaubniß des Ediktes zu Ergänzung von Einreden ist lediglich Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes, daß der Richter für den „unzweifelhaften" Zweck einer Partei in Thätigkeit zu treten habe (z. vergl. Bem. der Ref. Ziff. 7, Note bei Nro. 4). Es ist deßhalb Cautel, bei Supplirung von Einreden mit der Instruktion in erster Reihe sich an den Beklagten selbst zu wenden.[7]

Unter allen Umständen ist sodann aber unumgänglich das rechtliche Gehör über die supplirte Einrede für den Kläger mit Androhung der ordentlichen Rechtsnachtheile

---

[7] Analog kommt hier auch in Betracht §. 78. Ziff. 8. des IV. Ed.

des §. 129 des IV. Ed. (§. 78, Ziff. 7 des IV. Ed. u. Bem. der Ref. Ziff. 7, Note bei Nr. 4 Schlußsatz.)

Endlich muß der Einredestoff zu einer Zeit aktenmäßig geworden seyn, wo es dem Beklagten selbst noch unbenommen war, die Einrede vorzuschützen, mithin nicht erst im Stadium des Beweiseinzugs oder später, sondern vor Ablauf der Beweisfrist (§. 126, Ziff. 2 des IV. Ed.). Diese Schranke wird häufig übersehen.[8] Aber sie folgt aus dem generellen Satze des Abs. 1, §. 77 des IV. Ed., wovon Abs. 3 nur eine besondere Anwendung enthalten will, daß der Richter die Mittel von Amtswegen benützen darf, „deren Anwendung die Partei selbst im Wege der Verhandlung vom Richter zu begehren berechtigt gewesen wäre.“ Unsere Prozeßordnung betrachtet nicht, wie die altpreußische, das Parteivorbringen nur als Hilfsmittel für die selbstständig vorschreitende Untersuchung des Gerichtes, sondern, indem sie die wechselseitigen Vorträge der Parteien als die Grundlagen des Prozeßganges bestehen läßt, verleiht sie umgekehrt dem richteramtlichen Eingreifen nur die Funktion einer Beistandschaft und Nachhilfe für das Parteivorbringen.[9] Der Richter kann demzufolge Nichts thun, was nicht auch die Partei selbst oder ihr Privatbeistand thun könnte. Dürfte die Offizialthätigkeit des Richters zu Gunsten einer Partei die Ordnung des Prozeßgangs durchkreuzen, dürfte er nach durchverhandeltem Prozeß denselben auf's Neue in sein erstes oder ein bereits absolvirtes Stadium zurückversetzen, so würde hiedurch die auf den Wechsel der Partheivorträge gegründete fundamentale Ordnung des Verfahrens und der Komplex der Vorschriften über das Contumazialverfahren in Frage gestellt.

[8] Namentlich auch bei Benützung der von den Parteien nicht benannten Beweismittel, deren Existenz dem Richter aus den gleichen Gründen ebenfalls schon vor Abfluß der Beweisfrist, beziehungsweise der zweiten Nothfrist oder des Termins zur Appellationsvernehmlassung aktenmäßig geworden seyn muß, so daß er sie im ordentlichen Produktionstermine vernehmen kann.

[9] z. vergl. auch den Eingang der Bem. der Ref. Ziff. 7.

2) Im Verfahren vor den Gerichtshöfen und dem Obertribunal sind diese Vorschriften des Ediktes nicht anwendbar, vielmehr steht dasselbe hier auf dem Boden des gemeinen Rechtes (Note 5).

Bis zur provisorischen Verordnung vom 22. Sept. 1819 galt hier gemeinrechtliche Verhandlungsmaxime. Nur soweit durch diese Verordnung hieran nachweisliche Aenderung getroffen, sind die Grundsätze des gemeinen Rechtes beseitigt. Nun sagt zwar der Eingangssatz des §. 2, daß auch hier zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime ein ähnlicher Mittelweg, wie der im Edikt betretene, einzuschlagen sey. Aber dieser Satz enthält kein produktives Prinzip, sondern nur das gesetzgeberische Motiv für die hieran angereihten Vorschriften, worin die Modifikationen des seitherigen Verfahrens und zwar nicht etwa nur beispielsweise, sondern vollständig beziffert sind. Und hierunter ist zwar die offizielle Benützung von Beweismitteln (Ziff. 5), nicht aber auch von faktisch relevanten Materialien aufgezählt.[10]

C. Ist der faktische Stoff einer Einrede nur **undeutlich** oder **unvollständig** in den Akten enthalten, so ist schon im gemeinen Rechte, vorausgesetzt, daß das unklare Faktum dem Exceptionssatz des Beklagten einverleibt ist, und Letzterer nicht von selbst von seinem Rechte der Erläuterung und Emendation Gebrauch macht, dem Richter gestattet, offiziell ein Interpretationsrecht zu üben, beziehungsweise mit Fragstellung zu Hilfe zu kommen, wiewohl er hiezu nicht verbunden und es ihm also auch unbenom-

---

[10] Ebenso **Hufnagel**, Mitth. II. S. 466. 467. **Berner-Schäfer**, S. 316. **Sarwey**, Mschr. Bd. 18. S. 33. Speziell darauf, daß es in Abs. 2 heißt, es seyen hier die Anträge der Parteien nicht weiter zu ergänzen, als solches schon nach den bisherigen Gesetzen zulässig war, wird hieher kein Gewicht gelegt werden dürfen, weil der Ausdruck „Antrag" in Edikt und prov. Verordnung gegensätzlich gegen das (denselben begründende) faktische Vorbringen gebraucht wird; z. vergl. IV. Ed. §. 77. Abs. 2. §. 86. Abs. 3. §. 126. Ziff. 1. prov. Verordn. §. 5. Ziff. 1.

men ist, das mangelhafte Vorbringen, wie wenn gar Nichts vorgebracht wäre, bei Seite zu lassen.[11]

Diese fakultative Einwirkung des Richters ist im württemb. Prozeß eine obligatorische und zwar für alle Instanzen (§. 78, Ziff. 2 u. 3 des IV. Ed., §. 2, Ziff. 4 der prov. Verordn.). Nur ist nach dem Obigen der Fall auszunehmen, wo das unbestimmte oder lückenhafte Einredematerial nicht vom Beklagten einredeweise vorgetragen, sondern sonst in den Akten gelegen ist, indem dießfalls nur im oberamtsgerichtlichen Prozeß und auch hier nur fakultativ eine instruktorische Ergänzung eintritt.

II. Für die Verjährungseinrede läßt es die Obertribunalthesis bei diesen Grundsätzen nicht genügen, sondern dieselbe soll überall von Amtswegen berücksichtigt werden können.

In welcher Modalität dieses Ergänzungsrecht verstanden werden soll, ist nicht ausgesprochen worden. Inzwischen möchte sich das schon Eingangs gedachte Erforderniß des rechtlichen Gehörs für den Kläger von selbst ergeben. Wahrscheinlich ist auch, daß die weiteren (oben lit. B. 1. berührten) Schranken, nämlich Gewißheit, daß die Supplirung der Einrede nicht gegen den Willen des Beklagten laufe, und Einhaltung der allgemeinen Ordnung des Prozeßgangs in der Intention jener Thesis liegen. Alsdann hat dieselbe für das Verfahren vor den Oberamtsgerichten keine eigenthümliche Bedeutung, da diesen die gewährte Befugniß schon nach dem Edikte zukommt. Von Wichtigkeit ist sie für die höheren Gerichte, welchen speziell in Hinsicht der Verjährungseinrede die gleichen Befugnisse ertheilt seyn sollen, welche den Oberamtsgerichten hinsichtlich aller Einreden zusteht.

---

[11] cap. 10. X. fide instrum. (2, 22.) §. 41. J. R. A.; zu vergl. Puchta, das Prozeßleitungsamt §. 15. Seuffert, Archiv X. Nr. 291.

Eine Gesetzesbestimmung, welche für die Verjährungseinrede jene Exemtion festsetzte, gibt es nicht. Denn es entbehrt selbst des Scheins einer gesetzlichen Begründung, wenn sich dafür auf L. 8. C. exc. (8, 36.) berufen worden ist,[12] wo es heißt: praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet. Es redet nämlich diese Stelle weder von einer richterlichen Offizialthätigkeit, noch speziell von der Verjährung, da das Wort praescriptio in seiner klassischen Anwendung nicht mit Verjährung, sondern mit exceptio gleichbedeutend ist.

Eben so wenig besteht ein innerer Grund für die Ausnahmsbestimmung. Die neueren Kodifikationen haben dieselbe theils stillschweigend, theils ausdrücklich[13] verworfen. Was noch in neuerer Zeit dafür geltend gemacht wurde, ist der Art, daß man es weniger als eine Rechtfertigung, denn als eine Entschuldigung für die allerdings lange Zeit hindurch zu Gunsten des Offizialrechtes bestandene Gerichtspraxis auffassen kann. So ist gesagt worden, der Richter müsse von Amtswegen abweisen, weil die Gesetze in der Form prohibitiver Verordnungen aussprechen, daß mit Eintritt der Verjährung die Klagerechte gänzlich erloschen seyn sollen: „exstinguantur et vivendi ulterius non habeant facultatem,“ „nemo audeat, vitam longiorem esse interpretari,“ „post memoratum tempus finiri.“[14] Würde also ein verjährtes Klagerecht vom Richter dennoch anerkannt, so würde er contra jus constitutum, mithin nichtig erkennen.[15]

---

[12] Claproth, Einleitung in den ord. Prozeß §. 134. Nr. VII.

[13] Wie dieses vom Code civil Art. 2223 und dem Oesterreich'schen bürgerl. Gesetzbuch §. 1501 geschieht; zu vergl. auch Hofacker, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs II. S. 674.

[14] In L. 3. C. praescr. trig. v. quadr. ann. (7, 39.) und L. 1. §. 1. C. annal. exc. (7, 40.)

[15] Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 1. S. 10 ff., auch Sintenis, Erläuterungen nach Linde, I. S. 402 ff., bes. 414. Noch in

Diese Argumentation leidet an zwei Hauptgebrechen. Zunächst ist das Zutreffen der Verjährung im vorkommenden Prozeßfall keine Rechtsfrage, sondern vor Allem eine faktische Frage (Zeitablauf, Verjährbarkeit der Forderung, Nichtunterbrechung ꝛc.), es handelt sich also nicht um Beiseitsetzung von jus constitutum, sondern von Thatsachen. Sodann aber enthalten jene Gesetzesstellen von einer zwingenden Natur der Verjährungsnormen nicht das mindeste, sondern nur so viel, daß mit eingetretener Verjährung die Klagerechte erlöschen, eine Erlöschung, welche nach richtiger Ansicht bei jeder Einrede eintritt,[16] und ebenso bei der exceptio Macedoniana und Vellejana, für welche die richterliche Offizialthätigkeit noch nie in Anspruch genommen worden ist, erwähnt wird.[17] Der öffentliche Zweck der Abschneidung von Rechtsstreitigkeiten ist für die Gesetzgebung nur ein mittelbarer; erreicht werden soll und will dieser Zweck auf keinem andern Wege, als dem, daß dem Einzelnen, der durch veraltete Ansprüche bedroht ist, ein Schutzmittel zur Disposition gestellt wird.[18] Noch nie ist bestritten worden, daß auf eine vollendete Verjährung giltig verzichtet werden könne,[19] im Gegentheile enthält die Lehre, daß die vollendete Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurücklasse (von welcher auch das Gesetz vom 6. Mai 1852 eine Spur aufgenommen hat), gegen die absolut

---

seinem Civ.-R. I. S. 305. N. 61 hält Sintenis diese Ansicht fest, jedoch nicht ohne zuzugeben, daß darin ein „inkonsequentes Eingreifen in die Parteirechte gefunden werden könne", welches übrigens die Note 14 genannten Gesetzesstellen verschuldet haben sollen.

[16] Albrecht, die Exceptionen S. 61—69.

[17] L. 1. pr. D. Sct. Maced. (14, 6.) L. 2. §. 1. D. Sct. Vellej. (16, 1.); zu vergl. Brakenhöft, Erörterungen zu Linde S. 373.

[18] Unterholzner, Verjährungslehre 2. Aufl. I. S. 93; zu vergl. auch Wächter, II. S. 804. 805. N. 7.

[19] zu vergl. hierüber Savigny, Syst. V. S. 412. Sintenis, Civ.-R. I. S. 305; auch code civil Art. 2220 u. Ges. v. 6. Mai 1852. Art. 12.

durchgreifende Natur der Verjährungsnormen einen sprechenden Gegensatz.

Eine verwandte Ansicht unterscheidet zwischen Vertheidigungsgründen, welche ipso jure und welche ope exceptionis wirken, indem sie hieran die Bedeutung anreiht, daß der Richter die ersteren amtlich berücksichtige, weil hier gar kein Klagerecht existire; nicht so die letzteren, weil hier der Bekl. ein vorhandenes Klagerecht zu vereiteln suche, und es seiner Willkühr überlassen bleiben müsse, ob er dieß thun wolle.[20] Von der Grundlosigkeit dieser Folgerung zu handeln, ist jedoch hier nicht nöthig,[21] da es schon an der Wahrheit der Prämisse fehlt, soferne man heutzutage nimmer im Zweifel ist, daß die Verjährungseinrede nicht zu den ipso jure, sondern ope exc. wirkenden Gründen gehöre.[22]

Noch ist versucht worden, der Frage eine Wendung dahin zu geben, als ob die Verjährung nicht auf wahren Thatsachen, sondern mehr nur auf einem Rechnungsexempel beruhe, und deßhalb nicht dem contradiktorischen Vor- und Beweisverfahren, sondern nur der unmittelbaren richteramtlichen Reflexion unterstehe;[23] während es klar ist, daß — von den möglichen Replikthatsachen ganz abgesehen — die Verjährungseinrede selbst vor Allem von der Thatsache des Zeitpunkts der Entstehung und Klagbarkeit einer Forderung, nach dem Verjährungsgesetze vom Jahr 1852

---

[20] Die Schriften sind unten unter Nr. III. genannt.

[21] Ich verweise auf die trotz der Anfechtungen Savigny's immerdar klassische Monographie Albrecht's über die Exceptionen, bes. S. 17—33, 61 - 69, 124.

[22] Z. B. Glück, Comment. III. S. 515. Wächter, II. S. 821. Holzschuher, Theor. u. Cas. 2te Aufl. I. S. 201. Nr. 17. Heimbach, in Weiske's Rechtslex. VIII. S. 674. N. 399.

[23] Pfeiffer, prakt. Ausf. a. a. O. S. 13. 14.; zu vergl. die Berufung auf die Anmerkung Savigny's, Syst. V. S. 188.; bei Sintenis, Civ.-R. I. S. 305. n. 61 u. Sarwey, Mschr. Bd. 18 S. 33.

ferner auch von der Thatsache einer bestimmten Qualifikation der Forderung abhängig ist, worüber der Richter im Widerspruchsfall anders als durch Beweiseinzug keinen Aufschluß erhält. Der zufällige Unterschied, ob es bei einer Einrede mehr oder weniger leicht zu einer Beweiseinleitung kommt, ob es mehr oder weniger wahrscheinlich ist, daß der Kläger die thatsächlichen Voraussetzungen einer Einrede zugestehen oder schon in der Klage selbst anführen werde, kann einen prinzipiellen Unterschied in der rechtlichen Behandlung unmöglich begründen.

Das Obertribunal hat sich denn auch zu Begründung seines Satzes weder auf Gesetze, noch innere Gründe, sondern auf gewohnheitsrechtliche Geltung desselben berufen.

In der That, überblicken wir die theoretische und praktische Literatur über diese Frage, so zeigt sich uns zu Gunsten des richterlichen Ergänzungsrechtes bei der Verjährungseinrede durch mehrere Jahrhunderte hindurch eine fast vollkommene Harmonie von Doktrin und Praxis, welche Uebereinstimmung bis an das gegenwärtige Jahrhundert heran ungestört andauert.[24] Erst durch Gönner wurde Bresche gelegt.[25] Von da an wird nun aber der Umschlag unaufhaltsam: nur noch sparsame Stimmen erheben sich zumeist in den ersten Jahrzehenten dieses Jahrhunderts zur Ehrenrettung des alten Dogma's,[26] um, nachdem sie durch die Art ihrer Gründe selbst dazu beigetragen, die Haltlosigkeit desselben zu konstatiren, einem Einverständnisse der Rechtslehrer darüber Platz zu machen, daß auch die Verjährungseinrede den allgemeinen Regeln des richterlichen Prozeßleitungsamtes sich zu fügen habe.[27]

---

[24] Die Schriftsteller werden unter Nr. III. aufgeführt werden.

[25] Handb. I. Abh. 10. S. 252.

[26] Overbek, Meditationen über versch. Rechtsmater. Bd. IV. S. 326. Pfeiffer, prakt. Ausf. a. a. O. Martin, Lehrbuch 12te Aufl. §. 96. Note b. Sintenis, a. a. O.

[27] Krüll, im civ. Archiv Bd. 1. S. 403. Lotz, ebendas. S.

Wir stehen hier vor einem Räthsel. Wie konnte es kommen, daß ein Satz, der weder in den Gesetzen noch in der Vernunft irgend welche nur plausible Rechtfertigung findet, gleichwohl durch Jahrhunderte hindurch die deutsche Doktrin und Praxis beherrscht hat? Haben wir hier ein Produkt autonomer Rechtsschöpfung, oder irrthümlicher Gesetzesauslegung vor uns? Versuchen wir, in den Grund dieser Erscheinung einen Einblick zu gewinnen, da nur hier der Schlüssel gefunden werden kann zu der Beurtheilung, ob wir es mit einem für den Richter verbindlichen Gewohnheitsrechte zu thun haben oder nicht.

III. Bekanntlich unterscheidet das römische Recht unter den Vertheidigungsgründen, welche dem Beklagten zur Seite stehen, solche, welche das Klagrecht ipso jure und welche es ope exceptionis aufheben. Ueber die historische und praktische Bedeutung dieses Unterschiedes ist bis auf diesen Tag kein vollständiges Einverständniß unter den Rechtsgelehrten erzielt.[28] Aber man ist wenigstens soweit in Doktrin und Praxis einig, daß dem Unterschiede ein

---

412. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 7. S. 10 (diese wenigstens im Prinzipe). Genßler, Comment. zu Martin §. 93. N. 1. Morstadt, Materialkritik S. 192. Linde, in der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. Bd. 2. S. 192 und im Handbuch §. 160. N. 1. Brakenhöft, Erörterungen S. 372. Schmid, Handb. des C.-P. II. S. 31. Heimbach, in Weiske's Rechtslex. VIII. S. 674. Schäffer, Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz., neue Folge. Bd. 9. S. 104. Bayer, Vorles. 8te Aufl. S. 622. Wächter, württ. P.-R. II. S. 821. N. 7.

[28] Das Richtige scheint zu seyn, daß der Gegensatz heutzutage nur eine begriffliche, keine praktische Bedeutung mehr hat. Unstreitig ist dieses der Standpunkt der heutigen Praxis. Savigny, Bd. 5. S. 150 ff., scheint hier gegenüber von Albrecht Except. eine retrograde Bewegung gemacht zu haben. Das Prinzip, das er jener Unterscheidung unterlegt, scheint mir siegreich bekämpft zu werden von Bekker, die proz. Consumt. S. 93—96, und Windscheid, die actio des röm. C.-R. S. 226 ff.

Einfluß auf die Art der Handhabung des richterlichen Prozeßleitungsamtes nicht zukommt.[29]

Gleichwohl ist diese Einigkeit erst von neuem Datum und eines der Produkte der historischen Forschungen dieses Jahrhunderts. Bis dahin war von der Zeit der Glossatoren an die gegentheilige Meinung allgemein verbreitet: nur die ope exceptionis wirkenden Gründe müssen vom Beklagten besonders geltend gemacht werden, die ipso jure wirksamen dürfe der Richter, wenn sie nur aus den Akten erhellen, von Amtswegen berücksichtigen.[30]

Der Grund dieser Ansicht liegt in einem Mißverständnisse über die wahre Natur jenes Unterschieds. Unbekannt mit den Gestaltungen des römischen Aktionenrechts und Formularprozesses, deren Kenntniß wir hauptsächlich der Auffindung der Institutionen des Gajus verdanken, erblickten die alten Commentatoren in der überall in den Rechtsgebieten wiederkehrenden Unterscheidung nicht so fast eine Differenz des historischen und rechtspolitischen Ursprungs (ob sie jure civili oder auctoritate praetoris eingeführt, aus dem jus strictum oder der aequitas entsprungen sind), als vielmehr eine Unterscheidung in der

---

[29] Albrecht, Exc. S. 108. 181. Bayer, 8te Aufl. S. 608. Schmid, C.-P. II. S. 30. 32. Wetzell, Syst. S. 370.

[30] gl. ad L. 40 C. transact. (2, 5.) ad L. 2. §. 6. C. de jurej. calum. (2, 59) ad L. 6. §. 12. D. neg. gest. (3, 5.) ad L. 56. §. 4. D. V. O. (45, 1.) Bartolus, ad L. 2. D. exce. (44, 1.) Boërius, decis. aureae qu. 344. num. 1—5. Lucas de Penna, super tribus LL. Cod. ad L. ult. C. de censib. (11, 57.) Maranta, specul. aur. P. VI. m. 9. n. 7. Wesenbek, zu Schneidewins Instit. Comment. ad tit. J. d. exce. n. 8. Mynsinger, observ. cent. III. obs. 28. Gaill, pract. obs. II. obs. 17. n. 2. u. 3. Zanger, tract. de exc. P. III. cap. 26. n. 16—19. Carpzov, Jurispr. for. I. 25 def. 1. Mevius, decis. III. 351. n. 6. Lauterbach, coll. XLIV, 1. n. 39. Cons. Tub. IX, 10. n. 129. Harpprecht, nov. cons. Tub. 26. n. 239 u. Andere, worunter auch noch Gönner, Handb. I. S. 254.

praktischen Behandlung; den Wirkungskreis des Unterschieds suchten sie weniger in dem materiellen Aufbau der Rechtsverhältnisse, als in der Bedeutung für den Prozeßgang. So erschien ihnen die exceptio in jenem Gegensatze nicht als ein Recht, sondern als eine Handlung der Partei: exceptio war ihnen ein Rechtsbehelf des Beklagten, der durch eine darauf gerichtete, im richtigen Termin erfolgende Prozeßhandlung in's Leben trat, während gegensätzlich die ipso jure wirkenden Aufhebungsgründe vom Richter als dem Verwalter und Kenner des jus nicht nur in jedem Termine bis zur Erkenntnißfällung zuzulassen, sondern auch von Amtswegen zu berücksichtigen seyen.

Ein besonderer Umstand scheint dazu beigetragen zu haben, Doktrin und Praxis auf diesem Irrwege zu bestärken. Im Formularprozesse (bei der intentio formulae in jus concepta) war der judex (pedaneus) angewiesen, den ganzen Rechtsverhalt einschließlich der Defensionen, die dem Beklagten nach Civilrecht zustanden, zu berücksichtigen. Nicht ebenso durfte er es in Hinsicht der im Civilrecht nicht recipirten Vertheidigungsgründe, indem die Befugniß, das Civilrecht durch Berücksichtigung solcher in der Aequität begründeter Einwendungen (exceptiones) fortzubilden, (bei nicht bon. fidei actiones) eine Prärogative des Prätors war. Nur wenn und soweit eine solche Exception durch den Prätor in die Anweisung an den judex (Formel) als Bedingung der Condemnation ausdrücklich aufgenommen worden war, bezog sich dessen Cognition auch hierauf. Dieses Verhältniß der Kompetenzsphäre des judex fand Ausdruck in der Bezeichnung, daß die ipso jure (civilrechtlich) wirksamen Defensionsgründe „officio judicis" begriffen seyen.[31] In der justinianischen Compilation ist es nicht vollständig gelungen, diesen auf den alten Formularprozeß bezüglichen Ausdruck auszumerzen,[32] und nahe lag

[31] z. B. Gaj. IV. §. 63. Heffter, Institut. S. 231. 232.

[32] z. B. L. 21. §. 3. D. pecul. (15, 1.) L. 19. §. 3. D. locat. (19, 2.) §. 30. J. act. (4, 6.)

sodann das Mißverständniß, ihn auf einen Gegensatz gegen das ausdrückliche Anrufen der Partei zu beziehen.[33]

Da indeß das römische Recht keine Aufzählung der einerseits ipso jure, andererseits ope exceptionis wirkenden Defensionen enthält, so war über die Frage, welche einzelne Einreden in die eine oder andere Klasse zu zählen seyen, der Kombination und dem Streite Thür und Thor geöffnet. Die dießfallsige Unsicherheit lähmte auch vielfach den praktischen Erfolg jener Theorie. Zwei Kriterien sind indessen hier anzuführen, welche als Merkmale einer ipso jure wirkenden Einrede (sog. exc. facti) besondere Betonung erhalten haben. Schon früher wurde es als ein solches Merkmal betrachtet, wenn die Einrede sich auf eine bereits erfolgte Beilegung des Streits beziehe (exc. litis finitae);[34] deßgleichen wenn durch sie das Klagerecht als ex tunc perimirt dargestellt werde, während man von den ope exceptionis wirkenden Gründen (sog. exc. juris) annahm, daß sie erst im Prozeß das an sich bestehende Klagerecht vereiteln.[35]

---

[33] Das gleiche Mißverständniß hat sich lange Zeit forterhalten in Hinsicht der Erstattung von Früchten und Zinsen aus dem Streitgegenstand, weil es in L. 49. §. 1. D. (19, 1.) L. 54. pr. D. (19, 2.) und andern Stellen heißt: fructus et usurae officio judicis continentur. Daß aber auch hier nicht ohne Anrufen einzuschreiten, darüber zu vergl. Wächter, Erörterungen Heft 2. S. 48. Schmid, II. S. 15. Bayer, S. 537. Wetzell, S. 371. N. 35.

[34] gl. u. Bartolus, ad L. 13. pr. D. jud. solv. (46, 7.) Maranta, spec. aur. VI. m. 9. n. 7. Wesenbek, consil. I. cs. 22. num. 6. Lauterbach, coll. 44, 1. n. 50.

[35] Man findet diesen Satz hauptsächlich angelehnt an die Worte der L. 6. §. 12. D. neg. gest.: quoniam conveniendi judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: Bartol. ad h. l., Maranta a. a. O., Wernher, observ. I. 1. obs. 294., Zanger, tract. d. exc. III. cap. 26. n. 17. Daß im justinianischen und heutigen Rechte das Klagerecht auch durch den Exceptionsgrund von Zeit dessen Entstehung an perimirt werde, darüber siehe die, wie mir scheint, unwiderleglichen Nachweise bei Albrecht, S. 61—69.

Wir haben nun in einer dogmengeschichtlichen Skizze das Verhältniß, in welches sich insbesondere die exceptio praescriptionis zu diesem Unterschiede stellte, zu betrachten.

Zur Glossatoren- und Postglossatorenzeit scheint die richtige Meinung, daß die Verjährung nur ope exceptionis wirke, nicht in Zweifel gestanden zu seyn. Wenigstens spricht sich die Glosse selbst an zwei Stellen ganz bestimmt für dieselbe aus,[36] und noch Baldus[37] trägt die gleiche Ansicht als eine unbestrittene vor.

Die gegentheilige Meinung scheint zuerst von zwei Canonisten des 15. Jahrhunderts aufgestellt und begründet worden zu seyn: Antonius de Butrio[38] und Abbas Nicol. Siculus.[39] Sie sagen im Anschluß an die Worte des Kapitels, das sie commentiren: quia praescriptio quadragenalis omnem prorsus actionem excludit, daß wo Verjährung entgegenstehe, kein Klagrecht existire und eben deßhalb der Richter den Kläger „ex officio suo repellere posse, quia sine actione nemo experitur."

Von da beginnt eine Periode des Kampfes beider Ansichten, die man bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts verfolgen und hiemit abgrenzen kann. Gewichtige Vorkämpfer für die alte Ansicht sind zu Anfang dieser Periode Guido Papae[40] und Boërius,[41] welche sich an die Auctorität der Glossatoren anschließen, zu Ende derselben Joann. a Sande.[42] Aber immer mehr wächst nun die

---

[36] ad L. 44. §. 1. D. de obl. et act. (44, 7.) in verba: non posse u. ad L. 3. pr. C. de praescr. trig. v. quadr. ann. (7, 39.) in verb.: facultatem.

[37] Comment. ad L. 3. C. (7, 39.) num. 12., ebenso Salicetus in Codic. ad eund. loc.

[38] Comment. in decret. et decretal. ad cap. 6. X. praescr. (2, 26.)

[39] Super libros decretalium ad eund. loc.

[40] Decisiones II. dec. 21.

[41] Decis. aureae qu. 344. num. 1—3.

[42] Decis. Tris. I. tit. 8. defin. 3.

Zahl und Bedeutung der Gegner, welche ihre Beweisgründe theils aus den Worten des Theodosianischen Verjährungsgesetzes, daß die Klagerechte mit Eintritt der Verjährung vivendi ulterius non habeant facultatem und dem ähnlich lautenden Inhalt der L. 1 §. 1 C. annal. exc. (7,40.) und des cap. 6 X. praescr. (2,26.) entlehnen, indem sie schließen, daß der Kläger folglich nach der Verjährung gar keine Klage habe, theils aus anderen Stellen, in welchen die Verjährung als ein Mittel zu Abschneidung der Rechtsstreitigkeiten bezeichnet wird,[43] und aus welchen sie das Recht ableiteten, die Verjährungseinreden zu den exceptiones litis finitae zu zählen, deren ipso jure wirkende Kraft zu dieser Zeit ein Glaubenssatz war. Aber überall ist der Kernpunkt der Frage: ob ipso jure oder ope exceptionis? Die Offizialberücksichtigung folgt dieser Frage als eine Dependenz, so daß mit dem Momente, wo ein Schriftsteller, wie Boërius und Sande, die ipso jure zerstörende Kraft läugnet, er aus diesem Grunde auch das richteramtliche Eingreifen verwirft. In diesem Sinne haben sich für das Offizialrecht bei der Verjährung entschieden: Wesenbek,[44] Joachim Mynsinger,[45] Andreas Gaill,[46] sodann zwei Auctoritäten von besonderer Bedeutung, nämlich Zanger in seiner Monographie über die Exceptionen,[47] welche lange Zeit in großem Ansehen gestanden zu seyn scheint, und die von Mynsinger schon für das Ende unserer Periode bezeugte Kameralpraxis.

Theils diesen schwer wiegenden Auctoritäten, theils

[43] L. 1. §. ult. D. Sct. Tertull. (38, 17.) L. 230. D. V. S. (50, 16.) L. 2. §. 2. D. ne de stat. (40, 15.)

[44] Supplementa ad Schneidew. Inst. tit. de exc. n. 8.

[45] Observ. cent. III. obs. 28.

[46] Practic. observ. II. obs. 17. n. 2 u. 3.

[47] Tractatus de exc. P. III. cap. 26. n. 16—20 u. proemium ad P. III. n. 12. 13.

wohl auch der nun überhaupt kritikloseren Richtung der Rechtswissenschaft wird es zugerechnet werden dürfen, daß von Anfang des 17. Jahrhunderts ein Widerspruch gegen das Offizialrecht des Richters bei der Verjährung ganz verstummt. Manchmal wird es als ein feststehender Satz nicht weiter begründet, höchstens mit Auctoritäten belegt. Aber wo sich eine Begründung findet, beruht diese jedesmal ausschließlich darauf, daß die Verjährung zu den ipso jure wirkenden Einreden (exc. facti sive intentionis) gehöre: Carpzov, jurispr. for. I, 25 def. 1 („nam ubi actio ipso jure sublata est, judex actorem tanquam eum, qui sine actione in judicio experiri velit, ex officio repellit"), Mevius, decis. VII dec. 182 („nam postquam praescriptio ipso jure ab actione liberat, judex non potest non attendere etiam a parte non oppositam"), Lauterbach, colleg. lib. 44 tit. 3 n. 20 („quia enim actio ipso jure exstincta, judex actorem ex officio repellere tenetur"), Consil. Tubing. III, 201 n. 23 („unde exceptionem praescriptionis peremtoriam esse litis finitae docent, adeo ut judex etiam non allegatam ex officio supplere cogatur"), ebendaselbst IX, 10 n. 129 („quodsi haec exc. [praescriptionis] ex actis appareat et liquida sit, licet a parte opposita haud fuit, ejus tamen rationem judex ex officio habere eamque supplere valet, cum enim praescriptio obligationem et actionem ipso jure exstinguat"), Harpprecht, cons. Tub. nova cs. 26 n. 239 („certissimum est, quod exceptiones intentionis sive facti a judice ex officio suppleri non solum valeant, verum etiam debeant"), Wernher, obs. I, 1 obs. 294 („verius est, ipso jure actionem exstingui; quo circa praescriptionis, utut in judicio haud allegatae, tamen a judice ex officio ratio habenda est"), Stryk, dissert. jurid. VIII disp. 21 cas. 7 („judex exceptionem praescriptionis ex officio supplere potest; praescriptio enim actionem ipsam tollit, ast sine actione judex neminem condemnare potest"), Cramer, observ. III obs. 982 S. 803 („unde exceptionem praesc. peremtoriam esse litis finitae docent

practici, adeo ut supplere cogatur judex") und in gleichem Sinne mehrere Andere.[48]

Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts erst fing man an, das Dogma von der ipso jure-Wirkung der Verjährung wiederum anzutasten. Die Angriffe, welche zuerst von Sam. Cocceji,[49] Höpfner[50] und Weber[51] ausgingen, mußten eben so viele Angriffe gegen das Recht der Offizialberücksichtigung seyn. Indeß ist es nicht zu verwundern, daß gegenüber einer so stabil gewesenen Doctrin und Praxis die neue Auffassung nur einen allmäligen Erfolg hatte, und daß es in dieser Uebergangsperiode zu Versuchen kam, während man sich der Richtigkeit der neuen Auffassung nicht verschließen konnte, gleichwohl ihre allenthalben in die Praxis eingedrungene Konsequenz von dem Offizialrechte des Richters zu retten. Hieher gehören nebst Hofaker[52], der die alte Konsequenz mit der Verwerfung ihres Prinzips ganz unvermittelt zusammenstellt, die schon früher gedachten Versuche noch dieses Jahrhunderts, dem Offizialrechte, statt des unhaltbar gewordenen alten, einen neuen Boden zu unterlegen, Versuche, die es aber nicht einmal zu einem ernstlich disputirlichen Grunde zu bringen vermochten.

IV. Das Voranstehende möchte den Beweis geliefert haben, daß die allerdings sehr alte und gleichförmige Doctrin und Praxis über das Offizialrecht des Richters bei der Verjährung ihrem wahren und einzigen Grunde

---

[48] Grass, differ. recess. imper. sect. II. th. 2. Zaunschliffer, de off. jud. supplet. II. concl. 11. §. 4. Oldendorp, syllogism. rubr. regul. aliq. de exc. n. 9. Lynker, consultat. II. resp. 122. n. 3. Böhmer, exercitt. II. exerc. 35. §. 12. Struben, rechtl. Bedenken IV. Bd. 73. §. 1. Rave, doctr. de praescr. §. 166. In Sachsen erlangte der Satz partikulargesetzliche Sanktion durch const. elect. Saxon. 25. P. 1. v. J. 1572.

[49] Jus controv. Lib. 44. tit. 3. qu. 1.

[50] Institut. Commentar §. 393 n. 1184.

[51] Natürl. Verbindlichkeit §. 92.

[52] Princip. §. 869.

nach auf einer Kombination zweier durch den heutigen Stand der Wissenschaft aufgeklärter und beseitigter Irrthümer über römisches Recht beruhte, nämlich auf den Sätzen:

daß die Unterscheidung der Rechtsquellen zwischen ipso jure und ope exceptionis wirksamen Defensionsgründen eine besondere Einwirkung in Hinsicht der Prozeßmaxime ausübe, indem nur die Einreden letzterer Art der reinen Verhandlungsmaxime unterworfen, die ipso jure peremtorischen Vertheidigungen dagegen auch ohne Allegation der Partei von Richteramtswegen zu beachten seyen; sodann

daß die Verjährungseinrede auf das Klagerecht nicht exceptionsweise, sondern ipso jure zerstörend einwirke.

Die Thatsache, daß insbesondere auch die Praxis in Württemberg, indem sie sich dem Offizialrechte anschloß, lediglich dem Zuge der gemeinrechtlichen Anschauungen folgte, kann bei dem Mangel eines partikulargesetzlichen Einflusses auf diese Frage auch für denjenigen Zeitraum, wo die Zeugnisse in der Lauterbach'schen und Harpprecht'schen Cons. Tub. nicht mehr zureichen, nämlich von Ende des 17. Jahrhunderts an bis auf die Obertribunals-Thesis vom Jahr 1823, keinem Widerspruche unterworfen seyn.

Was ist nun davon zu halten, wenn durch die Obertribunals-Thesis jener Praxis unter dem Schilde eines Gewohnheitsrechts fortwährende Geltung vindicirt wird?

Die gleichförmige Behandlung der Rechtssachen durch die Gerichte als Gerichtsgebrauch (usus fori) kann sich allerdings zu wahren Gewohnheitsrechten gestalten. Ein erheblicher Theil des heutigen gemeinen Prozeßrechts, die meisten der zum sogenannten usus modernus juris romani gehörigen Sätze beruhen auf einem durch das Organ der Gerichte entstandenen Gewohnheitsrechte. Aber diese Wirksamkeit des Gerichtsgebrauchs hat ihre festen durch den Begriff des Gewohnheitsrechts selbst gezogenen Schranken.

Das Charakteristische am Gewohnheitsrechte ist eine unmittelbar im Rechtsbewußtseyn eines Volkes wurzelnde, von dem Gefühle innerer Nothwendigkeit begleitete Ueberzeugung und Anwendung von Rechtssätzen. Diese Ueberzeugung steht mit derjenigen, wie sie die wissenschaftliche Forschung darbietet, sey die letztere auf die Auslegung oder Systematisirung der bestehenden Rechtsvorschriften gerichtet, in einem wesentlichen Gegensatz. Während dort die Emanation des Rechtssatzes eine originäre ist, aus den Gestaltungen und Bedürfnissen des Verkehrslebens unmittelbar hervorquillt, und rücksichtlich dieser den nationalen Rechtsgedanken darstellt, beruht sie hier lediglich auf der Entwicklung eines äußerlich dargebotenen Rechtsstoffes und hat insofern mit dem innerlichen und volksthümlichen Rechtsbewußtseyn nichts zu thun. Die interpretative und systematisirende Rechtswissenschaft wirkt daher nur durch das materielle Gewicht ihrer Gründe, aber niemals, und mögen ihre Resultate noch so lange in Geltung gestanden seyn, in der Bedeutung eines Gewohnheitsrechtes als einer formell verbindlichen Rechtsquelle. Mit dem Augenblicke, wo die Irrthümlichkeit eines durch die Theorie entwickelten Satzes erkannt wird, ist es mit dessen Auctorität zu Ende. Das Gegentheil müßte eine Erlahmung alles wissenschaftlichen Fortschritts und eine Stagnation des Rechtslebens selbst zur Folge haben.

Die Gerichte vereinigen in sich die Fähigkeit, Organe beider Arten der Rechtsdarstellung zu seyn. Nach Einer Seite stehen sie in nächster Verbindung mit dem Rechtsleben und seinen Bedürfnissen. Die Beispiele sind zahlreich, wo sie als Repräsentanten des im Volke lebenden Rechtsbewußtseyns — welche Vertretung ihnen in Hinsicht des Prozesses beinahe ausschließlich zufällt — durch ständigen und allgemeinen Gebrauch, und den entstehenden Rechtsbedürfnissen zu genügen, das Rechtssystem mit dem Leben und seinen neu erwachten Anforderungen zu versöhnen, Rechtseinrichtungen begründet, modificirt, aufge-

hoben haben. Hier ist der Gerichtsgebrauch wahres Gewohnheitsrecht. Die in dieser Richtung umfassendsten Rechtsschöpfungen der Gerichtspraxis datiren aus der Zeit, wo sie in dem großen Werke, die einheimischen Rechtseinrichtungen mit dem recipirten Rechte zu versöhnen, von der Gesetzgebung fast völlig im Stiche gelassen war. Hiebei darf es auch nicht trügen, wenn Anfangs die Neuerung — sey es aus einer gewissen Schüchternheit wegen der staatsrechtlichen Legitimation oder auch in gutem Glauben — durch Stellen des geschriebenen Rechtes, wie dieß z. B. bei den Provokationsklagen und dem württembergischen Institute der weiblichen Freiheiten der Fall, zu stützen versucht wird, wenn nur daneben ein Element des Rechtsbedürfnisses mitwirkte, welches den neuen Satz aufrecht hält, auch nachdem die Irrthümlichkeit seiner rein wissenschaftlichen Begründung durchschaut worden ist.

Nach der andern Seite steht aber der Gerichtsgebrauch in der engsten Verbindung mit der Theorie des geltenden Rechtes. Der Beruf der Gerichte, das bestehende Recht wissenschaftlich anzuwenden, bringt es mit sich, daß die Resultate wissenschaftlicher Rechtsauslegung, je plausibler sie begründet und je allgemeiner sie von den Rechtsgelehrten angenommen werden, um so gewisser auch in den Gerichten angewendet werden, und die Erfahrung zeigt, daß die Phasen und Schwankungen der communis doctorum opinio über eine gewisse Rechtsmaterie sich im Großen und Ganzen immer auch in dem Gerichtsgebrauche wiedergespiegelt haben. Aber was auf diese Art in die Gerichtspraxis überging, nicht mit dem Willen der Rechtsschöpfung, sondern allein in dem Glauben, den wahren Sinn des geschriebenen Rechtes zur Darstellung zu bringen, ist nicht Gewohnheitsrecht, sondern angewandte Doktrin. Beruhte diese auf Irrthum, so hat sie nun nicht die Permanenz einer Rechtsquelle anzusprechen, sondern hier muß der Gerichtsgebrauch

einer entgegentretenden wissenschaftlichen Ueberzeugung sofort weichen.[53]

Welcher dieser Kategorien der im Vorwurfe befindliche Gerichtsgebrauch über die richterliche Offizialthätigkeit bei der Verjährung angehört, kann nicht zweifelhaft seyn.

---

3) Ueber die Gerechtigkeit zu Luft und Licht.

(Mitgetheilt von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Auf den Grund der Bestimmung in der württemb. Bauordnung Tit. 9, §. 1[1] herrscht bekanntlich darüber Streit, ob und in wie weit durch ein neues Bauwesen oder durch die Aufsetzung weiterer Stockwerke dem Nachbar Luft und Licht entzogen werden dürfe, und es hängt die Entscheidung dieser Frage wesentlich davon ab, was der Gesetzgeber

---

[53] „cum non exemplis, sed legibus judicandum sit" L. 13. C. sentent. (7, 45.) Mit dieser Darstellung stehe ich in vollem Einklang mit Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 14—21, 62—79, 259, 262, u. Savigny, Syst. I. S. 34—38, 83—100. Zu vergl. Jordan, im civ. Archiv Bd. 8. S. 241. 259. Wächter, II. S. 42. N. 6, S. 43 bei Note 7, Sintenis, 2te Aufl. des Civ.-R. I. S. 30. N. 19. Ganz auf diesem Standpunkte steht auch das württ. Gen. Reskr. v. 28. Sept. 1740 (zu vergl. Wächter, I. S. 547. N. 98).

[1] Die Stelle lautet: Welcher in Unsern Städten oder Dörffern auff seinen Eigenthumbs Grund, Boden, Garten, Hof oder andern Pläzen, wie die Namen hätten, da zuvor kein Gebäu gestanden, von neuem ein Hauß, Scheur oder anders, zum Nutz und Zier auffrichten und bauen wolte, der mag solches (es wäre ihme dann durch sonderbare Dienstbarkeiten, Conträct, Geding, Verträg, Pact, Untergangsspruch, oder Urtheil verbotten) wol thun, doch soll er gegen seinen Nachbaren, der an derselben Seiten Gerechtigkeit zu Lufft und Liecht hat, wo nicht ein alter gemeiner Winkel-Trauff, Wasserfall, oder sonst ein gemeine Einfahrt vorhanden, mit solchem newen Bau, seines Nachbaren Lufft und Liecht wegen, drey Werkschuh auf sich selbsten zu rucken, zu weichen, und den Bau so weit von seines Nachbaren Hauß, gerad und bleyrecht vom Boden auf ohne Anstöß aufzurichten schuldig seyn.

mit den Worten: „der an derselben Seiten Gerechtigkeit zu Lufft und Liecht hat" ausdrücken wollte. Es stehen sich in dieser Beziehung zwei Ansichten gegenüber, die Ansicht Griesingers[2] und die Ansicht v. Sarwey's.[3] Nach der Ansicht des ersteren versteht die Bauordnung unter „Gerechtigkeit zu Luft und Licht" die römische servitus luminum, wonach dem Nachbar das nothdürftige Licht gelassen werden müsse, und besagt, daß Jeder höher bauen dürfe, dem nicht Servituten, Verträge u. s. w. entgegenstehen, daß aber, wenn der Nachbar die Servitut auf Luft und Licht habe, der Bauende für den Fall des Mangels einer anderweitigen Bestimmung einen Raum von drei Werkschuhen frei lassen müsse. Dieser Auslegung, wonach das Vorhandenseyn einer Servitut die Bedingung für das Zurückweichen mit einem Bauwesen um 3 Schuhe bildet, ist v. Sarwey entgegengetreten, und nach seiner Ansicht wären die Worte: „der an derselben Seite Gerechtigkeit zu Lufft und Liecht hat" so zu verstehen, daß damit der Fall ausgedrückt seye, wo der Nachbar nach den bestehenden baulichen Verhältnissen überhaupt Anspruch auf Luft und Licht machen könne, und es würde hienach das Wort Gerechtigkeit nicht sowohl einen bestimmten positiven Rechtszustand, als vielmehr einen bestehenden faktischen Zustand ausdrücken und insbesondere den Fall begreifen, wo der Eigenthümer des bestehenden Gebäudes thatsächlich bereits Luft und Licht hat, ohne daß ein besonders erworbenes Recht vorausgesetzt würde.

In der Praxis haben beide Ansichten Eingang gefunden; das Obertribunal aber und mit ihm wohl die meisten Gerichte haben die Ansicht Griesinger's angenommen, und nach der Veröffentlichung der, in Uebereinstimmung mit den Erkenntnissen des betreffenden Oberamtsgerichts und Gerichtshofs ergangenen, Obertribunalentscheidung vom 2. Sept. 1842[4] durch v. Sarwey selbst schien

---

[2] de servitute luminum et ne luminibus officiatur. pag. 162 sequ.

[3] In der Monatschrift Bd. 8 S. 405 ff.

[4] Ebendaselbst S. 412.

diese Ansicht zur allgemeinen Geltung gekommen zu seyn.[5] Inzwischen ist von Tafel[6] die abweichende Entscheidung eines Gerichtshofes vom 28. Juni 1853 veröffentlicht worden, in welcher die v. Sarwey'sche Ansicht angenommen und ausführlich weiter zu begründen gesucht worden ist, und auch in mehreren andern nicht veröffentlichten Fällen sind einzelne Gerichte der letzteren Ansicht beigetreten. Wenn nun auch nicht davon die Rede seyn kann, daß die Landesgerichte lediglich aus Rücksicht auf eine von dem Obertribunal einmal angenommene Thesis sich in freier Reflexion über den Sinn zweifelhafter Gesetze binden lassen sollen,[7] so müßte es doch in dem vorliegenden Falle bei einer so zweifelhaften Frage und dem Umstand, daß schon Griesinger, welcher bekanntlich eine Zeitlang einen souveränen Einfluß auf die württembergische Gerichtspraxis ausübte, die von dem Obertribunal befolgte Thesis aufgestellt hat, Bedenken erregen, von einer Praxis, welche sich auf den Grund der Obertribunalsentscheidung bereits etwas konsolidirt hatte, abermals abzuweichen, und dadurch eine bedauerliche Rechtsunsicherheit herbeizuführen. Welche Folgen ein solches Schwanken der Gerichte hat, mußte vor einigen Jahren ein Rechtsanwalt erfahren, welchem nach einander zwei unsere Frage zum Gegenstande habende Prozesse übertragen worden waren. In dem ersten ihm anvertrauten Prozesse hatte er gegen Luft und Licht zu streiten, und hoffte natürlich auf den Grund der, der Griesinger'schen Ansicht huldigenden, Praxis auf entschiedenen Sieg. Vergeblich; er unterlag kraft eines Erkenntnisses vom 15. Juni 1853, weil der Gerichtshof zu E. die v. Sarwey'sche Ansicht adoptirte, und mußte sich beruhigen, weil der Werth des Streitgegenstandes die zur Statthaftigkeit der Berufung an das Obertribunal erforderliche Summe nicht erreichte. Nun wurde ihm eine Sache für Luft und Licht übertragen, und auf den Grund der

[5] Vergl. Hufnagel, Mitth. Bd. 2 S. 72.

[6] Civilrechtssprüche Bd. 2 S. 67 ff.

[7] Vergl. das Vorwort in Bd. 2 dieses Archivs S. 4 ff.

kaum ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs zu E. zweifelte er nicht, dieses Mal gewiß Recht zu behalten. Allein durch Erkenntniß desselben Gerichtshofs vom 14. Okt. 1853 unterlag er abermals, weil der Gerichtshof zu der Griesinger'schen Ansicht zurückgekehrt war, und nur soweit wurde dem Wechsel der Ansichten Rechnung getragen, daß die Kosten verglichen wurden; weil denn doch der Partei nicht wohl gesagt werden konnte, sie hätte sich nicht an das Gericht wenden sollen, welches erst am 15. Juni 1853 Dasjenige erkannt hatte, um was von ihr gebeten worden.

Das Obertribunal hat an seiner früher aufgestellten Thesis stets festgehalten, und es hatte schon der frühere Herausgeber dieser Zeitschrift in der Absicht, zu einer gleichförmigen Rechtsprechung dadurch beizutragen, eine dießfällige Mittheilung vorbereitet. Nun ist zwar inzwischen von Tafel[8] die Entscheidung eines Gerichtshofes vom 28. Januar 1859 veröffentlicht worden, welche auf die Griesinger'sche Ansicht und die feststehende Thesis des Obertribunals gebaut ist. Da jedoch auch neuerdings wieder Versuche gemacht worden sind, der entgegenstehenden Ansicht Eingang bei den Gerichten zu verschaffen, so wird es behufs der wünschenswerthen Befestigung der Praxis immerhin von Interesse seyn, das entschiedene Festhalten des Obertribunals an der Griesinger'schen Ansicht zu konstatiren.

Der neueste Fall, in welchem das Obertribunal seiner Thesis Geltung verschaffte, ist kurz folgender:

Der Flaschner D. besitzt ein Haus und hinter diesem ein Höfchen, welches er zu einem Magazin herzurichten, und zu diesem Ende Backsteinmauern ungefähr 12′ 5″ hoch und 11′ lang aufführen und auf diese ein Glasdach zu stellen beabsichtigte. Neben dem D.'schen Haus stand ein dem Bäcker B. gehöriges Haus, welches dieser von Hutmacher H. erkauft hat. In diesem Haus im Erdgeschoß befand sich bis 1834, bis wohin dasselbe dem Nagelschmid F. gehörte,

---

[8] Civilrechtssprüche Bd. 4 S. 122 ff.

die Nagelschmidwerkstätte und nach der Seite gegen den D.'schen Hofraum hin eine Kohlenkammer, welche ein Schiebfenster hatte, wodurch das Licht für diese Kammer gewonnen wurde. Im Jahr 1834, wo Hutmacher H. das Haus erkaufte, richtete er aus der Nagelschmidwerkstätte gegen die Straße heraus und, wie es scheint, der bisherigen Kohlenkammer zusammen eine Hutmacherwerkstätte ein und brachte statt des einen Schiebfensters gegen den D.'schen Hof heraus zwei Fenster an. Gegen diese neue Einrichtung verlangte der Besitzer der Flaschner D.'schen Gelasse von dem Besitzer der Werkstätte die Ausstellung einer Urkunde darüber, daß er kein Recht habe, in der fraglichen Wand Lichtöffnungen zu haben, welches letzterer verweigerte, worauf von D. keine weiteren Schritte geschahen, als daß er seiner Behauptung nach mündlich protestirte. So blieb die Sache bis zu der schon erwähnten von D. unternommenen Erbauung eines Magazins für seine Waaren. Gegen dieses bauliche Unternehmen protestirte Bäcker B., unter Geltendmachung eines Rechts auf Luft und Licht für die zwei Fenster im unteren Stockwerk seines Hauses, und in Folge dessen wurde D. in Fortsetzung und Vollendung seines Bauwesens inhibirt. Nun klagte dieser negatorisch dahin, daß sein, des Klägers Hofraum von dem, von B. für die beiden Fenster des unteren Stocks seines Hauses angemaßten Luft- und Lichtrecht frei seye. In erster und zweiter Instanz wurde von dem Beklagten B. das behauptete Recht theils darauf, daß er die Servitut zu Luft und Licht durch Verjährung erworben, theils auf die v. Sarwey'sche, der Praxis entgegenstehende, Auslegung der Bauordnung gegründet. Die Gerichte aller drei Instanzen erkannten jedoch, das Obertribunal durch Erkenntniß vom 13. September 1854, für den Kläger dahin, daß dem Beklagten ein Recht auf Luft und Licht für den unteren Gelaß seines Hauses gegen den Hofraum des Wohnhauses des Klägers nicht zustehe.

Sehr ausführlich und gründlich wurde sich hiebei über den Sinn der fraglichen Stelle der Bauordnung von dem

Gerichtshofe zu Eßlingen ausgesprochen und es enthalten die Entscheidungsgründe zu dessen Erkenntnisse vom 14. Oktober 1853 dießfalls folgende Ausführung:

„Die Stelle der württembergischen Bauordnung in der Rubrik: „von neuen Gebäuen auf neue Hofstätt" ist nicht geeignet, den Anspruch auf Luft und Licht ohne besondere Rechtserwerbung zu begründen, denn die einfachste und dem Wortlaut am meisten entsprechende Auslegung der Stelle:

„der an derselben Seiten Gerechtigkeit zu Luft und Licht hat,"

führt dahin, unter dem Wort Gerechtigkeit dasselbe zu verstehen, was sonst mit Servitut oder Dienstbarkeit bezeichnet wird.

Hiefür spricht:

1) Der sonstige Sprachgebrauch der Bauordnung, welche z. B. in der Rubrik: von neuen Gebäuen auf alte Hofstätt bestimmt:

„So viel Gerechtigkeit aber ein Jeder gegen seinen Nachbarn an Winkeln, Kloaken, Dachtrauffen, Thüren, Läden, Luft oder Licht unvergittert ersessen, präscribirt und inne gehabt ɾc.",

in der Rubrik: von Kanälen und Wasserleitinen:

„Wo Jemand Gerechtigkeit hätte, daß er sein Wasser in seines Nachbars Wasser richten möge, — so solle er sich solcher Gerechtigkeit und Servitut bescheidentlich — gebrauchen";

ebenso in der Rubrik: von Fensterläden und Lichtern gegen eines Andern Hof und Grund:

„oder mit glaubwürdigen Zeugen beibringen thäte, daß er eine Gerechtigkeit gegen seinen Nachbar hätte" ɾc.

Daß die Bauordnung an diesen Stellen unter dem Wort: Gerechtigkeit nichts Anderes versteht, als Servitut, ist unzweifelhaft, und sie stimmt hierin nicht blos mit dem gemeinen Sprachgebrauch, sondern auch mit demjenigen des Landrechts überein, das in Th. II tit. 34 §. Wo aber Jemand ɾc., ebenso wie die Bauordnung in einem und demsel-

den Satz die Worte Gerechtigkeit und Dienstbarkeit promiscue gebraucht, und in §. 1 unter den Dienstbarkeiten eben auch die von Luft und Licht aufführt. Nach einem natürlichen Auslegungsgrundsatz soll aber ohne zwingende Gründe nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit den nämlichen Worten einen verschiedenen Sinn verbunden habe.

Daß die Bauordnung an andern Orten von einem Traufrecht und Winkelrecht spricht und darunter nicht eine Servitut, sondern das Recht, einen Trauf oder Winkel zu haben, oder wenn man weiter gehen will, den — zu Reservirung des Rechts, einen Trauf oder Winkel zu haben, — beim Bauen leer bleibenden Raum versteht, daß sie unter der Rubrik: „vom Traufrecht“ von dem Fall spricht, daß Einer „seine Gerechtigkeit gar einnehmen und überbauen wollte“, worunter dem Zusammenhang nach nichts Anderes als der Raum gemeint seyn kann, welchen zu überbauen er ein Recht hat, hat darum noch nichts Auffallendes, weil hier bei dem Gebrauch der Ausdrücke: Traufrecht, Winkelrecht, Gerechtigkeit, der Begriff des Rechts immer noch festgehalten ist, während nach der v. Sarwey'schen Ansicht unter Gerechtigkeit nicht sowohl ein bestimmter positiver Rechtszustand, als vielmehr ein seither bestandener faktischer Zustand, dem nur kein besonderes Recht entgegenstände, zu verstehen wäre, ein Begriff, dessen Verbindung mit dem Wort Gerechtigkeit durch den Sinn, in welchem die Bauordnung die Ausdrücke Traufrecht und Winkelrecht gebraucht, in keiner Weise unterstützt wird.

Ebenso wenig läßt sich ein Gewicht darauf legen, daß an einer Stelle der Bauordnung (S. 69), wo das Wort Gerechtigkeit entschieden gleichbedeutend mit Servitut gebraucht ist, demselben das Wort „eine“ beigefügt ist,[9] da in der oben citirten Stelle aus der Rubrik: von Kanälen und Wasserleitinen, welche das Wort Gerechtigkeit ebenfalls gleichbedeutend mit Servitut gebraucht, übereinstimmend mit

---

[9] Sarwey, Monatschr. Bd. 8 S. 408.

dem Wortlaut der Stelle in der Rubrik: von neuen Gebäuen auf neue Hofstätt — es blos heißt: wo Jemand Gerechtigkeit hätte ꝛc.

2) Für die Gleichbedeutendheit des Worts Gerechtigkeit mit Dienstbarkeit spricht auch der Schlußsatz der Rubrik: von neuen Gebäuen auf neue Hofstätt, worin die Worte vorkommen: „So Einer von Neuem bauen wollt an eines Andern Haus oder blinde Wand, da sein Nachbar weder zu Luft, Licht oder Trauf Gerechtigkeit hätte ꝛc.“

Offenbar bilden die letzteren Worte einen Gegensatz zu dem in §. 1 gesetzten Fall: „Doch soll er gegen seinem Nachbarn, der an derselben Seiten Gerechtigkeit zu Lufft und Liecht hat“ ꝛc., und zwar müssen die Worte in dem genannten §. 3: „Da sein Nachbar weder zu Luft, Licht oder Trauf Gerechtigkeit hätte“, sowohl auf die Worte „an eines Andern Haus“, als auf die „blinde Wand“ bezogen werden, da sie hinter beiden stehen, beide Fälle durch „oder“ verbunden sind und da die Worte: da sein Nachbar ꝛc., wenn sie nur auf die blinde Wand bezogen würden, höchst überflüssig wären, indem es sich von selbst versteht, daß der Besitzer einer blinden Wand eine Gerechtigkeit zu Luft und Licht nicht haben kann. Will man nun in dem genannten §. 3 unter Gerechtigkeit, ebenso wie in §. 1, nur den faktisch bestehenden Zustand verstehen, und bringt man die Worte „da sein Nachbar weder zu Luft, Licht oder Trauf Gerechtigkeit hätte“, in Verbindung mit dem Fall, daß Einer an des Andern Haus bauen will, welches — wie nach dem weiter mit „oder“ angehängten Fall der blinden Wand mit aller Wahrscheinlichkeit anzunehmen — mit Fensteröffnungen bereits versehen ist, so wäre in dem §. 3 gesagt: Wenn Jemand von Neuem bauen wolle an eines Andern Haus, das mit Fensteröffnungen bereits versehen sey, oder an eine blinde Wand, und wenn in diesen beiden Fällen der Nachbar zufolge des faktisch bestehenden Zustandes weder Luft- noch Lichtgenuß habe, der möge auf solchem seinem eigenen Grund wohl aufführen u. s. w. Hiemit würde aber der Gesetz-

geber in einem und demselben Satz etwas sich selbst Widersprechendes sagen, indem er nicht blos von der blinden Wand, sondern auch von einem mit Fensteröffnungen versehenen Haus sagen würde, daß der Besitzer desselben (der Nachbar) faktisch weder Luft= noch Lichtgenuß habe. Deßhalb muß das Wort Gerechtigkeit in dem §. 3 im Sinne von Dienstbarkeit verstanden werden, und da die Worte: da sein Nachbar weder zu Luft, Licht oder Trauf Gerechtigkeit hätte, den Gegensatz bilden sollen zu dem in §. 1 genannten Nachbar, der an derselben Seite Gerechtigkeit zu Luft und Licht hat, so kann das Wort Gerechtigkeit auch in §. 1 keine andere Bedeutung haben, als diejenige von Servitut.

Gegen diese Auslegung des §. 3 läßt sich nicht einwenden, er würde, wenn die Worte: da sein Nachbar 2c. den angegebenen Sinn hätten, ganz überflüssig dastehen, sofern es sich von selbst verstehe, daß wo eine blinde Wand dem zu bauen beabsichtigenden Nachbar entgegenstehe, ein Recht auf Luft und Licht nicht vorhanden seyn könne; denn eben so überflüssig erscheinen die betreffenden Worte (wenn sie nur auf die blinde Wand, nicht auch „auf eines Andern Haus" bezogen werden) bei der gegentheiligen Ansicht, da es sich ebenso von selbst versteht, daß in einer blinden Wand auch faktisch keine Fensteröffnungen seyn können.

Hienach ergibt sich als Sinn der fraglichen Stelle der Bauordnung in §. 1: Wer auf seinem Grund und Boden bauen will, der mag solches thun, es wäre ihm denn durch sonderbare Dienstbarkeiten u. s. w., ganz verboten. Findet ein solches Verbot nicht statt, der Nachbar hat aber an derselben Seite Gerechtigkeit, d. h. eine Servitut zu Luft und Licht, so soll der Bauende, wo nicht ein alter gemeiner Winkeltrauf, Wasserfall, oder sonst eine gemeine Einfahrt vorhanden, 3 Werkschuhe auf sich selbst zu rücken schuldig seyn.

Die gegen die Richtigkeit dieser Auslegung erhobenen Bedenken sind nicht stark genug, um zu einer andern hinzudrängen, welche alles dasjenige gegen sich hätte, was zur

Unterstützung der bisherigen Auslegung angeführt worden ist. Jene Bedenken sind:

a) Wenn der Gesetzgeber dasjenige hätte sagen wollen, was er nach der so eben besprochenen Auslegung wirklich sagen wollte, so hätte er seine Sätze nicht in diesen Zusammenhang bringen, er hätte nicht das im ersten Satz ausgesprochene Recht, höher zu bauen, durch eine allgemeine Beschränkung auf eine Entfernung von 3 Schuhen einschränken können;[10]

b) er hätte nicht dem ausgesprochenen ersten Satz der allgemeinen Berechtigung zum Höherbauen die Ausnahme der Servituten, Verträge 2c. blos in einem incisum entgegenstellen können;

c) er hätte nicht den Fall der servitus, ne luminibus officiatur, welcher doch nach dieser Auslegung seiner Bestimmung ausschließlich zum Grund läge, blos in einem incisum geben können.[11]

Allein wenn auch zuzugeben ist, daß die Fassung der Bauordnung bei Unterstellung des, nach der bisherigen Auslegung sich ergebenden Sinnes eine präzisere seyn könnte, so hat sie doch weder etwas besonders Auffallendes, noch Unlogisches an sich. Das in dem ersten Satz ausgesprochene allgemeine Recht, höher zu bauen, wird zunächst beschränkt, nicht wie unter a) angenommen wird, durch die Bestimmung über die drei Werkschuhe, sondern durch die sonderbaren Dienstbarkeiten 2c., welche das Bauen ganz verbieten. Im Folgenden wird der Fall gesetzt, daß das Bauen an sich erlaubt ist, es wird aber entsprechend dem in dem ersten incisum ausgedrückten Verbot, gleichfalls in einem incisum, der Fall einer Beschränkung des Bauenden durch die Gerechtigkeit des Nachbarn zu Luft und Licht besprochen, und bestimmt, was in diesem Fall Rechtens seyn solle. Allerdings handelt somit der 2. Theil des §. 1 nur von dem Fall, da

---

[10] Sarwey, Monatschr. Bd. 8. S. 406.

[11] Ebendaselbst.

der Nachbar an derselben Seite Gerechtigkeit zu Luft und Licht hat; diese Worte sind aber als das Thema, wovon gehandelt wird, erkenntlich vorangestellt, und daß sie gleichwohl in einem Zwischensatz vorkommen, mag davon herrühren, daß sie der vorangehenden, auch in einem incisum enthaltenen, absoluten Beschränkung entsprechen; jedenfalls aber kann diese Stellung in einem Gesetz, wie die Bauordnung, das seiner Sprache und Satzbildung nach einer älteren Zeit angehört, keinen entscheidenden Grund abgeben, von einer sonst wort- und sachgemäßen Auslegung abzugehen;

d) wird eingewendet, der Gesetzgeber würde nicht im ersten Satz die sonderbaren Dienstbarkeiten und im zweiten die Gerechtigkeit zu Luft und Licht parallel gestellt, sonach die schon bei dem ersten Satz gestellte Ausnahme im zweiten in solcher Weise wiederholt haben. Diese Einwendung wird aber durch das bereits Bemerkte widerlegt, wonach die sonderbaren Dienstbarkeiten auf ein gänzliches Verbot zu bauen, die Gerechtigkeit zu Luft und Licht nur auf eine durch die Servitut eines Andern hervorgebrachte Beschränkung in der Art zu bauen sich bezieht.

e) Die weitere Einwendung, der Gesetzgeber hätte nicht mittelst eines wahren Pleonasmus im zweiten Satz zuerst sagen können: — wenn der Nachbar die Servitut zu Luft und Licht anzusprechen hat, so ist w e g e n d e s N a c h b a r s L u f t u n d L i c h t um 3 Werkschuhe entfernt zu bleiben — ist darum nicht erheblich, weil die Wiederholung „seines Nachbarn Luft und Licht wegen", in der Unterbrechung durch den Zwischensatz: „wo nicht ein alter gemeiner Winkel, Trauf ꝛc." seine natürliche Erklärung findet, und die Bauordnung auch sonst Pleonasmen enthält, so z. B. die oben citirte Stelle aus der Rubrik „von Canälen und Wasser-Leitinen" wo Gerechtigkeit und Servitut neben einander gebraucht sind.

f) Die weitere Einwendung, der Gesetzgeber hätte, wenn er im zweiten Satz sagen wollte: wenn der Nachbar die Servitut hat, Luft und Licht anzusprechen, so ist 3 Werkschuhe entfernt zu bleiben, nicht die weitere Ausnahme eines alten

Winkels ꝛc. beifügen können, da diese Ausnahme wieder nur Bezug haben könne auf eine allgemeine Vorschrift, 3 Werkschuhe entfernt zu bleiben, ist gleichfalls ohne Belang; denn die Vorschrift, 3 Werkschuhe entfernt zu bleiben, hat wenigstens eine relative Allgemeinheit, sofern sie da überall eintritt, wo der Nachbar die Gerechtigkeit zu Luft und Licht hat, ohne daß schon bei Konstituirung der Gerechtigkeit über die von dem Bauenden zu beobachtende Entfernung Ziel und Maß bestimmt worden wäre.

g) Die Einwendung endlich, auf welche in der Monatschrift a. a. O. (S. 406) ein Hauptgewicht gelegt wird, der Gesetzgeber hätte für den Fall einer Servitut nicht indistincte die Entfernung von 3 Schuhen vorschreiben können, sondern hätte diese Bestimmung blos als eine im Zweifelsfall eintretende hinstellen müssen, da unzweifelhaft, wenn unter dem Wort Gerechtigkeit eine Servitut zu verstehen wäre, zunächst die Servitut selbst über die Entfernung ziel- nnd maßgebend wäre, dessen aber hier mit keiner Sylbe Erwähnung geschehe, — diese Einwendung ist darum gänzlich unerheblich, weil es sich bei der in der Regel nur dispositiven Natur der Privatrechtsgesetze von selbst versteht, daß sie nur da eintreten, wo nicht durch die Willkür der Parteien bereits etwas Anderes bestimmt ist, dies also von der Bauordnung nicht erst ausdrücklich gesagt zu werden brauchte.[12] Die Bestimmung in der Rubrik „von neuen Gebäuen auf alte Stök", daß derjenige, der einen ganzen alten Stock unten oder oben auswechseln oder einen alten Stock mit einem ganzen neuen erhöhen wolle, sein Vorhaben vorher der Obrigkeit anzeigen, und daß diese hierauf darüber erkennen solle, „ob er dessen von wegen der Allmeind, Gassen, Straßen oder gegen den Benachbarten von wegen Lufts, Lichts, Dachtraufs oder Ueberbauens befugt oder nicht? Damit also Niemand unversehentlich wider die Gebühr und Billigkeit beschwert, noch der, so bauen will, zu vergeb-

[12] Wächter, württ. Privat-R. Bd. 2 S. 6.

lichen unnöthigen Kosten geführt werde," — diese Bestimmung beweist darum nichts für die in der Monatschrift aufgestellte Ansicht, weil die von der Obrigkeit bei Ertheilung des Erkenntnisses anzustellende Prüfung nach den angeführten Beispielen ebensowohl auf entgegenstehende polizeiliche, als privatrechtliche Hindernisse sich zu erstrecken hat und die Worte „wider die Gebühr und Billigkeit" auf die einen und die andern sich beziehen, so daß kein Grund zu der Annahme vorliegt, der Gesetzgeber habe, indem er in der angeführten Stelle Schonung von Luft und Licht der Nachbarn anordnet, dieß nur aus Rücksichten der Billigkeit und nicht wegen bestehender Servituten, deren Nichtachtung eine Beschwerung Anderer „wider Gebühr" enthielte, gethan.

Die in der Monatschrift weiter zum Beweis dafür angeführten Beispiele, daß der Gesetzgeber das durch einen bereits vorhandenen faktischen Zustand gegebene Bedürfniß des Nachbars, namentlich auf Luft und Licht, geschont wissen wolle, ohne deßhalb besondere Erwerbsakte zu fordern,[13] tragen durchweg einen allgemeinen polizeilichen Charakter, und lassen schon darum und bei ihrer Singularität einen Schluß auf die vorliegende Frage, ob eine Eigenthumsbeschränkung beim Bauen schon gesetzlich oder nur in Folge einer Servitut des Nachbarn stattfinde, nicht zu.

Die Unterstützung des römischen Rechts endlich, welche schließlich für die Ansicht der Monatschrift in Anspruch genommen wird, ist äußerst zweifelhaft. Den obersten aus der Natur des Eigenthums fließenden Grundsatz in dieser Frage spricht die l. 9. D. de serv. praed. urb. (8, 2.) aus: cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla competit actio. Denn daß der Kläger von dem ihm hiedurch eingeräumten Recht nur aus Chikane gegen den Beklagten Gebrauch mache, wie dieser beiläufig behauptet, ist von Ersterem widersprochen und entfernt nicht thatsächlich begründet.

---

[13] Sarwey, Monatschrift a. a. O. S. 410.

Eine Beschränkung jenes Grundsatzes hat nun zwar in der l. 10. ibid. vergl. mit l. 30. D. de usufr. et quemadm. (7, 1.), in der l. 11. D. de serv. praed. urb. (8, 2.) und der cst. 1. Cod. de serv. (3, 34.) gefunden werden wollen; nach der Auslegungsregel aber, daß Ausnahmen von einem anerkannten allgemeinen Grundsatz in keinem größeren Umfange angenommen werden sollen, als nothwendig, ist derjenigen Auslegung der zwei ersten Stellen der Vorzug zu geben, wonach die, dem Erben und Proprietär gegenüber dem Legatar und Usufructuar auferlegte Beschränkung im Bauen eben nur eine Folge des zwischen diesen Personen bestehenden besonderen Verhältnisses, daher auf Rechtsverhältnisse zwischen andern Personen nicht auszudehnen ist.[14] Die in den beiden letzteren Stellen gegebene Auslegung aber, daß forma et status antiquorum aedificiorum zu beobachten sey, ist entweder mit Vangerow[15] und Glück[16] dahin zu verstehen, daß auch auf dem neu errichteten Gebäude die Servitut laste, die dem alten auferlegt war, oder mit Sintenis[17] dahin, daß derjenige, welcher baue, und durch sein Bauwesen den Nachbar beeinträchtige, sich nach der hergebrachten, vielleicht auch baupolizeilich bestimmten Bauform zu richten habe.

Die Worte in der Coderstelle: is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet, haben jedenfalls nicht einen blos faktischen Zustand, sondern nach dem Sprachgebrauch der römischen Quellen die erwerbende Verjährung der Servituten im Auge.

Weiß aber hiernach das gemeine Recht nichts von einer auch ohne eine Servitut des Nachbarn gesetzlich bestehenden Beschränkung des Eigenthümers, auf seinem Grund und Boden zu bauen wie er will, so ist dieß um so mehr ein

---

[14] Vangerow, Leitfaden (3. Ausg.) Bd. 1 S. 658 Nro. 3.

[15] a. a. O.

[16] Comm. Bd. 10 S. 115.

[17] Civilrecht Bd 1 S. 520 A. 8.

Grund, die fragliche Stelle der württembergischen Bauordnung, wenn ihre Auslegung zweifelhaft gefunden wird, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht auszulegen.

Der Umstand, daß nach der Anführung von Sarwey's in der Monatschrift a. a. O. (S. 411) die dort vertheidigte Auslegung der fraglichen Stelle gerade der herrschenden Ansicht der älteren Rechtslehrer des römischen Rechts entspricht, kann hiegegen als entscheidend nicht in Betracht kommen, da die in der Bauordnung selbst gelegenen, oben unter 1 und 2 ausgehobenen Gründe die Annahme, daß die Bauordnung der gegentheiligen Ansicht anderer Rechtslehrer gefolgt sey, rechtfertigen.

Endlich steht der oft angeführten v. Sarwey'schen Ansicht entgegen, daß sie an einem Mangel juristischer Schärfe und Präcision leidet, der sie zur Anwendung nicht wohl geeignet macht, denn während sie einerseits den bestehenden faktischen Zustand geschützt wissen will, läßt sie unbestimmt, ob dieser Schutz schlechthin oder nur unter gewissen Voraussetzungen zu ertheilen sey. Sie gibt z. B. keine Normen dafür an die Hand, wie lange ein gewisser Zustand bereits bestanden haben müsse, um Anspruch auf Schutz zu haben, ob er frei von den Mängeln des Besitzes seyn müsse u. s. w. In ihrer praktischen Anwendung aber würde jene Ansicht dazu führen, daß der zufällige Umstand, daß der Eine auf seinem Grund und Boden wenn auch nur kurze Zeit früher gebaut hat, als sein Nachbar, Letzterem eine Beschränkung in seinem Eigenthumsrecht auferlegen würde, während doch in dem Recht auf freien Gebrauch ihres Eigenthums Beide einander gleich stehen.

Damit schließen die Gründe des Gerichtshofs. In den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 13. Sept. 1854 wurde nur kurz bemerkt, daß die von dem Gerichtshof angenommene und ausführlich begründete Auslegung der Bauordnung, wonach Jeder berechtigt ist, sein Eigenthum ohne Rücksicht auf den Thatumstand, daß sein Nachbar bisher in dem Genusse von Luft und Licht durch eine nachbarliche Anlage nicht gehindert war, zu überbauen, so lange letzterer nicht

ein besonders erworbenes Recht hierauf nachgewiesen hat, von dem Obertribunal seit lange bei seinen Entscheidungen befolgt werde.

Hiemit dürfte die Frage von dem Sinne der fraglichen Bestimmung der Bauordnung als abgeschlossen zu betrachten seyn, und es steht zu wünschen, daß die einmal aufgestellte und überzeugend begründete Thesis von allen Landesgerichten angenommen und befolgt werden möge. Zwar kann man darüber verschiedener Ansicht seyn, ob die Bestimmung, so ausgelegt, dem Bedürfnisse entspricht, und es verdienen in dieser Beziehung die treffenden Bemerkungen des verewigten früheren Herausgebers dieses Archivs in der Monatschrift[18] gewiß alle Beachtung.[19] So lange aber das Gesetz besteht, so bleibt nichts übrig, als dasselbe zu befolgen, und immerhin wird eine gleichförmige Auslegung und Anwendung der Bestimmung der Bauordnung und ein übereinstimmendes Festhalten an der Griesinger'schen Thesis weniger Unzuträglichkeiten mit sich bringen, als ein fortwährendes Schwanken der Gerichte, welches zu den Schattenseiten des Gesetzes nur noch die Nachtheile der Rechtsunsicherheit hinzufügen würde.

Muß hienach davon ausgegangen werden, daß die Bauordnung das Zurückweichen mit einem Bauwesen um 3 Schuhe nur im Falle eines von dem Nachbar besonders erworbenen Rechts auf Luft und Licht gebietet, so kann es sich im einzelnen Falle nur davon handeln, ob der Erwerb eines solchen Rechts, also das Bestehen einer Servitut nachgewiesen werden kann. Am häufigsten wird sich in dieser Beziehung auf Verjährung berufen werden, und hiebei wird es insbesondere

[18] Bd. 8 S. 412. 413.

[19] Eine der Ansicht von Sarwey's entsprechende Bestimmung enthält das Zürcher Ges. §. 601: „Der Eigenthümer eines Gebäudes ist befugt, dem Nachbar einen projektirten Bau zu untersagen, wenn jenem Gebäude in solchem Maße Sonnenlicht oder Heiterkeit entzogen würde, daß eines oder mehrere Zimmer oder Räume zur Erfüllung ihrer Bestimmung ohne künstliche Mittel, wie Anzünden von Licht unbrauchbar gemacht, oder der Werth des Gebäudes um wenigstens den zehnten Theil verringert würde."

darauf ankommen, welche Handlungen als eine Ausübung der fraglichen Gerechtigkeit betrachtet werden können, was also der Berechtigte gethan haben muß, um im Besitze der Gerechtigkeit zu seyn. In dieser Beziehung gab der oben mitgetheilte Rechtsfall zu Ausführungen Veranlassung, welche, soferne sie theilweise auf die bisher erörterte Bestimmung der Bauordnung sich gründen, mit unserer Frage im Zusammenhang stehen, übrigens auch in anderer Richtung nicht ohne Interesse seyn dürften und daher hier angereiht werden sollen.

Der Beklagte, Bäckermeister B., behauptete, wie schon erwähnt, daß er die Verjährungszeit hindurch in dem Besitz der Gerechtigkeit, im unteren Stock seines Hauses gegen den Hofraum des Klägers, Flaschners D., hin Fenster zu haben und letzterem die Verbauung derselben untersagen zu dürfen, sich befunden habe. Denn von jeher haben die Besitzer des Hauses in fraglichem Gelasse ein, nachher mehrere Fenster gehabt, und daß sie hiemit ein Recht auf Luft und Licht auszuüben beabsichtigt haben, ergebe sich aus der Benützung des Gelasses als Kohlenkammer und Hutmacherwerkstätte, für welche Zwecke der Gelaß ohne Luft und Licht unbrauchbar gewesen wäre. Bei dieser Benützung und da von Seiten der Besitzer des D'schen Hauses bis in die neueste Zeit nie ein Versuch gemacht worden, dem fraglichen Gelasse Luft und Licht zu entziehen, haben der Beklagte und sein Besitzvorfahrer nicht anders denken können, als daß ihnen ein Recht auf Luft und Licht gegen das Höfchen des Klägers D. zustehe, und sie haben somit, so lange die Fenstereinrichtung bestehe, im Besitze jener Gerechtigkeit sich befunden. Hiezu komme noch, daß Hutmacher H., der Besitzvorfahrer des Beklagten, sogar gegen den Widerspruch des Klägers im Jahr 1834 ein zweites Fenster in dem fraglichen Gelaß eingerichtet, und daß der Beklagte, als der Kläger neuerdings eine das Gelaß verfinsternde Mauer errichtet, sogleich Klage erhoben habe.

Alle diese Umstände, wurde jedoch in den Motiven des Gerichtshofs gesagt, sind nicht geeignet, den Erwerb des Besitzes der angeblichen Gerechtigkeit auf Seiten des Beklagten

darzuthun; denn der Besitz einer Servitut kann nur erworben werden durch Ausübung desjenigen Rechts, welches den Inhalt derselben bildet. Den Inhalt der Gerechtigkeit zu Luft und Licht bildet aber das Recht, dem Andern jede Einrichtung zu untersagen, wodurch dem Servitutberechtigten Luft und Licht geschmälert oder entzogen würde. Dieser muß also, um im Besitze der fraglichen Gerechtigkeit zu seyn, seinem Nachbar irgend einmal eine Einrichtung, wodurch ihm Luft und Licht entzogen werden konnte, untersagt, und der Letztere muß sich hiebei beruhigt haben, oder aber muß der Nachbar dem Berechtigten die fragliche Gerechtigkeit unter irgend einem Rechtstitel eingeräumt haben, da alsdann die Unterlassung von jenem als eine rechtlich nothwendige erschiene. Es ist, um den Besitz einer negativen Servitut, als welche die fragliche Gerechtigkeit sich darstellt, zu erwerben, nicht genügend, daß der Andere eine gewisse Handlung, zu deren Vornahme er an sich berechtigt wäre, unterläßt, sondern diese Unterlassung muß sich zugleich als Anerkennung des vom Gegner behaupteten Rechts darstellen, entweder durch eine ausdrückliche dießfällige Erklärung, oder dadurch, daß der angeblich Verpflichtete der Einsprache des Berechtigten sich fügt.[20] Es erhellt dieß deutlich bei einer Prüfung der von dem Beklagten zum Beweis dafür angeführten Umstände, daß er und sein Besitzvorfahrer im Besitz der Gerechtigkeit zu Luft und Licht gewesen seyen. Die Absicht der Ausübung einer Gerechtigkeit soll durch die Benutzung des fraglichen Gelasses als Kohlenkammer und Hutmacherwerkstätte sich zu erkennen gegeben haben. Eine Handlung, mit welcher der Beklagte und seine Besitzvorfahrer lediglich in der Sphäre ihres Eigenthumsrechts blieben, ist aber nicht geeignet, ihre Absicht, den Kläger in der Ausübung seines Eigenthumsrechts zu beschränken, zu manifestiren. Es ist deßhalb auch die im Jahr 1834 gegen den Widerspruch des Klägers er-

[20] Savigny, das Recht des Besitzes (6. Aufl.) S. 601 ff. Puchta, Vorlesungen §. 138 S. 273. Sintenis, Civilrecht Bd. 1 S. 585 Note 37, 38.

folgte Anbringung eines zweiten Fensters unerheblich, da H. auch hiemit nur gethan hat, wozu er vermöge seines Eigenthumsrechts befugt war, ohne daß er dem Kläger die Ausübung des diesem gleichfalls als Ausfluß aus dem Eigenthum zukommenden Rechts, auf seinem Grund und Boden zu bauen, untersagt, und ohne daß dieser den Willen, dem H. ein solches Verbietungsrecht einzuräumen, ausgesprochen hätte. Die Thatsache aber, daß der Kläger seither unterlassen hat, auf seinem Höfchen zu bauen, erscheint für sich allein als etwas blos Faktisches und Zufälliges, nicht als Ausübung eines von dem Beklagten behaupteten Rechts, sie ist daher für sich allein auch nicht geeignet, den Besitz der behaupteten Gerechtigkeit auf Seiten des Beklagten darzuthun.

Dieser Ansicht trat der Anwalt des Beklagten hauptsächlich mit Rücksicht auf die oben erörterte Bestimmung der Bauordnung in ausführlicher Begründung entgegen, und es dürfte die Mittheilung dieser Ausführung, wenn sie auch in ihrem Ergebnisse nicht für richtig zu erkennen ist, doch zur Feststellung der hier einschlagenden Grundsätze beizutragen geeignet seyn. Dieselbe ging dahin:

„Von dem Gerichtshof wird das Erforderniß der Ausübung eines Quasibesitzes während der Verjährungszeit deshalb beanstandet, weil ein Versuch des Klägers, das Fenster zu verbauen, eine Einsprache des Beklagten hiegegen und wiederum eine Unterlassung des versuchten Bauwesens zu Folge dieser Einsprache nach der Natur der fraglichen Servitut einen Quasibesitz zu begründen allein im Stande wäre.

Nun ist nicht zu verkennen, daß eine neuere Eintheilung der Servituten nach dem Gegenstande der Berechtigung des herrschenden Gutes in servitutes faciendi, habendi und prohibendi die letztere Klasse von Dienstbarkeiten hinsichtlich des Besitzerwerbes von den übrigen dadurch auszeichnet, daß bei ihnen nicht schon die Ausübung des durch die Servitut dem Berechtigten zugehenden Vortheils, sondern (abgesehen vom Besitzerwerb durch Vertrag) erst ein vom Nachbar erlassenes Verbot zu Begründung des Quasibesitzes hinreichen

soll. Allein es dürfte zu bezweifeln seyn, ob diese, nicht in den Quellen des römischen Rechts gefundene, sondern aus begrifflichen Entwicklungen und Eintheilungen abstrahirte Ungleichartigkeit überhaupt einer früheren Zeit als der unseres jetzigen Jahrhunderts angehört, ob namentlich die Jurisprudenz zur Zeit der Emanation der württembergischen Bauordnung einen derartigen Unterschied kannte. Die Praktiker der älteren Zeit berühren diese Unterscheidung entweder gar nicht, oder betrachten sie die contradictio et acquiescentia als Erwerb eines Titels für die Besitzausübung, nicht aber als Besitzerwerbsakt selbst,[21] und selbst Savigny ist in den älteren Ausgaben seiner Monographie noch der Ansicht, daß zu jener besondern Qualifikation des Besitzerwerbs für serv. prohibendi kein Grund vorliege.

Sodann aber möchte sich die Frage aufwerfen lassen, ob überhaupt die „Gerechtigkeit zu Luft und Licht" unserer württembergischen Bauordnung ohne Weiteres den servitutes prohibendi, den sogenannten negativen Servituten beigezählt werden darf. Es gehört zum Begriffe der Servituten, daß dieselben beliebige einzelne Gebrauchsrechte umfassen können.[22] Eben deßhalb ist es ein unrichtiges und gefährliches Bestreben, diejenigen Dienstbarkeiten, welche der eigenthümlichen Gestaltung unseres deutschen Rechtslebens angehören, auf römische Arten von Servituten zurückzuführen und auf diese Weise die Gerechtigkeit zu Luft und Licht mit der römischen servitus ne luminibus officiatur zu identificiren.

Schon der Benennung nach erscheint erstere als eine affirmative, letztere als eine negative Servitut. Aber auch dem Begriffe nach wird es durchaus nicht nothwendig erscheinen, sich als den Inhalt einer Licht- und Luftgerechtigkeit allein das Verbietungsrecht gegenüber dem Nachbar, ne luminibus officiatur, zu denken. Die Lichtgerechtigkeit kann

---

[21] Vergl. z. B. Lauterbach, Coll. pand. I. lib. 8. tit. 1. §. 14. und den dort citirten Carpzov.

[22] Vangerow, Leitf. Anm. 1. zu §. 338. S. 780.

weiter gehen, sie kann zu ihrem Gegenstande das freie Recht, Licht und Luft gegen den Raum des Nachbars zu genießen haben, so daß die Beschränkung des Nachbars bezüglich seiner Freiheit, zu bauen, nicht als der Inhalt, sondern nur als die Konsequenz meines Rechts erscheint. Mein Recht hat hier den Luft- und Lichtgenuß, die Forterhaltung eines bestehenden Zustandes, ein habere zum Gegenstand; allerdings kann nicht Luft und Licht im Allgemeinen, welche res communes omnium sind, Gegenstand meiner Gerechtigkeit seyn; aber der festbegrenzte bestehende Zustand eines Luft- und Lichtgenusses stellt sich als positiver Gegenstand meines Rechts und dieses folgeweise als die auch vom Gesetze nur affirmativ benannte positive Gerechtigkeit zu Luft und Licht dar.

Wenn theoretisch diese Auffassung in Zweifel gezogen werden kann, so darf mit um so mehr Sicherheit behauptet werden, daß die Bauordnung diese Berechtigung als eine affirmative und nicht blos als ein negatives Bauverhinderungsrecht betrachtet und demgemäß die Bedingung der Verjährung in die bloße faktische Ausübnng des Luft- und Lichtgenusses in einer bestimmten Weise setzt. Wie ließe sich sonst erklären, daß dieselbe in der Rubrik: „von neuen Gebäuen auf eine Hofstätt" für den Fall einer Gerechtigkeit zu Luft und Licht den Nachbar mit seinem Bauwesen ausnahmslos 3 Schuhe zurückspricht?

Ist der Inhalt des Rechts nur ein Bauverhinderungsverbot und konnte dasselbe, wenn nicht durch Vertrag, nur durch contradictio und acquiescentia erworben werden, so ist für die Frage, wie weit der Nachbar mit seinem Bauwesen wegzubleiben habe, nur entweder der Vertrag und seine Auslegung oder aber derjenige Raum maßgebend, welcher zwischen dem Haus des Berechtigten und dem Platze gelegen ist, an dem der Nachbar damals den Bauversuch machte. Nimmermehr könnte aber der Gesetzgeber hier ein für alle Mal einen Zwischenraum von 3 Werkschuhen vorschreiben. Er könnte dieß nur etwa als rechtlichen Anhaltspunkt, als rechtliche Vermuthung, wenn

Vertrag oder jener Besitzerwerbungsakt über die Entfernung Zweifel übrig lassen, aussprechen; allein das thut er nicht, er spricht unbedingt und ein für alle Mal von 3 Schuhen.

Wenn dagegen von dem Gesetzgeber der Inhalt der Gerechtigkeit in den Genuß von Luft und Licht, der Besitz in die Thatsache der Ausübung des Luft- und Lichtgenusses gesetzt wird, dann fehlt es im Fall der Erwerbung dieser Gerechtigkeit durch Vertrag oder durch Verjährung an einem Anhaltspunkte, wie weit der Nothbedarf des praedium dominans an Licht und Luft gehe. Dann, aber auch nur dann ist eine gesetzgeberische Durchschnittsbestimmung völlig erklärlich. Uebereinstimmend hiemit sagt die Bauordnung S. 26 von neuen Gebäuden auf alten Hofstätten: „So viel Gerechtigkeit aber ein Jeder gegen seinen Nachbar an Winkeln, Kloaken, Dachtrauf, Thüren, Läden, Luft oder Licht unvergittert ersessen, präscribirt und inne gehabt, somit alten Briefen, lebendigen Zeugen oder alten Zeichen, so etwa bei den Gebäuen, wie es hievor einmal gewesen, da undisputirlich anzunehmen und zu observiren seyn möchten, zu erweisen und darzuthun seyn werden" ꝛc.

Hier wird das Luft- und Lichtrecht ohne alle Unterscheidung den zweifellos affirmativen Servituten des Dachtraufes ꝛc. gleichgestellt und zugleich als das Erforderniß der Verjährung nichts Anderes als das „Innehaben" festgesetzt. Denn ersessen ꝛc., präscribirt wird mit dem Ausdruck: „innen gehabt" verdeutlicht. Das Innehaben, habere, ist der zur Ersitzung des Licht- und Luftrechts erforderliche Zustand, und der Zustand, „wie er hievor einmal gewesen", soll beim neuen Bau wieder eingenommen werden.

Diese Stelle bestätigt daher mit aller Deutlichkeit, daß der Gesetzgeber nicht die sekundäre Formation eines Bauverhinderungsrechts, sondern daß er ein unmittelbar auf ungehinderten Licht- und Luftgenuß gehendes Recht versteht, wenn er von einer Gerechtigkeit zu Luft und Licht spricht, das gerade in Beziehung auf Verjährung den sonstigen affirmativen Servituten gleichsteht.

Wo möglich noch deutlicher ist diese Ansicht auf S. 34 der Bauordnung ausgedrückt:

„Es mögen auch solche verfallene Häuser zu allen Zeiten über kurz oder lang in ihr vorig Wesen und Stand ohne einige Einred einer Präscription und Verjährung der Verlegenschaft wieder gestellt und gebauen werden, obgleich den anstoßenden Nachbarn Luft und Licht dadurch verschlagen oder benommen werde."

Es enthält diese Stelle zu Gunsten der Wiederherstellung abgebrochener Häuser die singuläre Bestimmung, daß Einreden der Verjährung gegen die Wiedererrichtung nicht sollen vorgeschützt werden dürfen, insbesondere auch nicht die Verjährung der Erwerbung des Rechts zu Luft und Licht. Wie anders könnte aber diese Servitut vom Angrenzer inzwischen ersessen worden seyn, als eben durch den faktischen Zustand, vermöge dessen er Luft und Licht genoß. Auch hier ist daher lediglich diese thatsächliche Ausübung des Genusses als Voraussetzung der Verjährung nach der Seite des Besitzers aufgestellt."

Man wird anerkennen müssen, daß in dieser Ausführung der Versuch der Aufstellung einer neuen Theorie mit Scharfsinn gemacht worden ist, obwohl der Verfasser solchen wohl kaum auf einen andern Gesetzesboden, als auf den er sich eben stellte, gewagt haben dürfte. So scharfsinnig der Versuch aber auch erscheint, so muß er doch als mißlungen bezeichnet werden, sofern es bei der ganzen Auffassung offenbar an einer greifbaren Grundlage für Annahme eines Besitzes des in Anspruch genommenen Rechts fehlt, und es hat auch das Obertribunal diese Auffassung nicht als richtig erkannt. In den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 15. September 1854 wurde dießfalls bemerkt: Ein Recht auf den Genuß von Luft und Licht läßt sich nicht anders denken, als in seiner Beziehung auf den Nachbar, welcher diesen Genuß durch Verfügungen über sein Eigenthum beeinträchtigt. Das fragliche Recht kann also in keiner andern Weise ausgeübt

werden, als dadurch, daß diesen Verfügungen des Eigenthümers durch Handlungen oder durch einen mit Erfolg erhobenen Widerspruch entgegengetreten wird.[23]

Die von früheren Besitzern des Hauses des Beklagten vorgenommene Einrichtung von Fenstern in dem hintern Erdgeschoße enthält aber keinen Eingriff in das Eigenthum des Klägers oder dessen freie Benützung, wodurch ein Quasibesitz der von dem Beklagten behaupteten Gerechtigkeit hätte entstehen können, und ebensowenig ist ein solcher Besitz dadurch begründet worden, daß der Hutmacher H., der im J. 1834 den aus Anlaß der Einrichtung eines zweiten Fensters von dem Kläger verlangten Revers auszustellen sich geweigert hat. In dieser Verweigerung könnte höchstens die Behauptung eines Rechts auf Luft und Licht gefunden werden, welche aber, selbst wenn der Andere hiezu schweigt, noch keinen Akt der Ausübung desselben enthält.[24]

---

4) Der Ratenwechsel und die kassatorische Klausel.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Ratenwechsel sind solche Wechsel, bei welchen mehrere bestimmte Verfalltage für einzelne Ratenzahlungen an der Wechselsumme festgesetzt sind, und in der Regel ist denselben die sogenannte kassatorische Klausel beigefügt, nämlich die Bestimmung, daß bei nicht pünktlicher Einhaltung der Ratenzahlungen auch die späteren, noch nicht verfallenen, Raten sofort verfallen und zahlbar seyn sollen. Vor dem Erscheinen der allgemeinen deutschen Wechselordnung waren derartige Wechsel sowohl in der Form von eigenen Wechseln, als

---

[23] Vergl. auch die Entsch. des Obertrib. vom 8. Febr. 1860 in diesem Archiv Bd. 3 S. 385 f. Nro. 2.

[24] Mit der obigen Entsch. des Obertribunals stimmt überein ein Erkenntniß des Oberapp.-Gerichts zu Jena vom 20. März 1823 in Seuffert's Archiv Bd. 6 Nro. 15. Vergl. auch ebendaselbst Bd. 2 Nro. 139.

von Tratten, wenn auch nicht im größeren Handelsverkehr, so doch im sonstigen bürgerlichen Geschäftsleben zur besseren Verbriefung von Darlehen und anderen Schuldverhältnissen nicht ungewöhnlich; neuerdings aber, in Folge der veränderten Ansichten von dem Wesen und der rechtlichen Natur des Wechsels, ist deren wechselrechtliche Giltigkeit vielfach beanstandet worden. Für den Handelsstand ist die Frage von keiner Bedeutung, da derartige Papiere schon ihrer Natur nach zum Umlaufe sich nicht eignen, wohl aber ist sie für den kleineren gewerblichen Geschäftsbetrieb und den gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr nicht ohne Belang.

Die allgemeine deutsche Wechselordnung enthält eine ausdrückliche Bestimmung, welche die gedachten Papiere als Wechsel ausschließen würde, nicht, und bei den Leipziger Konferenzen hat der Ratenwechsel keine besondere Erwähnung gefunden. Es fehlt daher nicht an Stimmen in der Theorie und Praxis, welche für die Giltigkeit der Ratenwechsel sich erhoben haben. So hat das Obertribunal zu Berlin in einem Erkenntniß vom 24. Juni 1852 [1] ausgesprochen, daß Ratenwechsel, und zwar auch im Fall der Beifügung der kassatorischen Klausel für giltige Wechsel zu erachten seyen, weil durch solche wenn auch bedingte Festsetzung die bestimmte Zahlungszeit in keine unbestimmte und deßhalb ungenügende Zahlungszeit verwandelt werde, da der Tag der Verfallzeit, dieser möge eintreten für eine einzelne Rate oder für alle Raten zusammen, in allen Fällen ein bestimmter Zahlungstag seye. — In derselben Weise sieht eine Ausführung in der allg. österreichischen Gerichtszeitung, [2] welche gleichfalls davon ausgeht, daß im Falle der Beifügung der kassatorischen Klausel der Zahlungstag als ein bedingter zu

---

[1] Mitgetheilt von Kletke, Präj. 1. Forts. S. 107 und Borchardt, allg. d. W. O. (2. Aufl.) S. 38. Zus. 80. Uebrigens ist nach dem Zeugniß von Gelpke, Zeitschr. für Handelsrecht Heft 3 S. 103 auch in den preußischen Gerichtshöfen die Ansicht über diese Frage verschieden.

[2] Allg. österr. Gerichtszeitung v. J. 1852 Nr. 94 S. 372.

betrachten seye, hierin keine die Zahlungszeit in Zweifel stellende, mithin unzuläßige Bedingung, sucht vielmehr darzuthun, daß eine solche Stipulation die ursprünglich bedingte, d. h. auf Termine gestellte Zahlungsverbindlichkeit mit dem ersten versäumten Termine zu einer unbedingten mache, die Verfalltage der späteren Raten somit von diesem Augenblicke an ihre rechtliche Wirksamkeit verlieren, und der Wechsel in Allem einem schon ursprünglich nur auf einen Zahlungstag lautenden Wechsel gleich zu achten seye. Auch ein älteres Erkenntniß des Wiener Handelsgerichts, bestätigt vom niederösterreichischen Oberlandesgericht, hat den Ratenwechsel (übrigens, wie es scheint, einen ohne die Klausel) als einen giltigen Wechsel erkannt, da die Wechselordnung nicht vorschreibe, daß der Wechsel nur einen bestimmten Zahlungstag enthalten dürfe, und da Ratenwechsel auch der Natur eines Wechsels nicht widerstreiten.[3] Ebenso hat sich Brauer,[4] obwohl die bei derartigen Papieren sich ergebenden Inkonvenienzen in Bezug auf den Regreß und verschiedene andere wechselrechtliche Fragen anerkennend, für die unbedingte Giltigkeit der Ratenwechsel erklärt, nur mit der Modifikation, daß in dem Fall, wenn die kassatorische Klausel beigefügt worden, diese für nicht geschrieben zu erachten seye. Die Frage, ob ein Wechsel mehrere bestimmte Verfalltage enthalten dürfe, bejaht Brauer aus demselben Grunde wie das Wiener Handelsgericht, indem er dafür, daß die Ratenbestimmung der Natur des Wechsels nicht widerstreite, gegen die nachher anzuführende Ansicht von Borchardt geltend macht, daß der Inhaber des Wechsels solchen dadurch, daß er die einzelnen Raten mittelst Duplikaten an verschiedene Personen indossire, in eine Anzahl einfacher Wechsel umwandeln, und dadurch das Papier zur Cirkulation brauchbar machen könne. Die kassatorische Klausel faßt Brauer, indem er zugleich der Auffassung derselben als einer dem Zah-

---

[3] Ebendas. S. 370 ff. Archiv f. d. W. Recht Bd. 3 S. 338. Bd. 6 S. 23.

[4] Im Archiv f. d. W. R. Bd. 3 S. 58—61.

lungstag beigefügten Bedingung entgegentritt, als eine Strafklausel auf, soferne deren Wesen darin bestehe, daß die folgenden Termine zur Strafe für die Versäumung des ersten vor ihrer Verfallzeit bezahlt werden müssen. Derartige Klauseln aber sollen nach der Ansicht der Leipziger Wechselkonferenz [5] den Wechsel nicht ungiltig machen, sondern nur als nicht geschrieben betrachtet werden. Dieser Ansicht ist Renaud beigetreten. [6] Dagegen sind Borchardt, [7] Pöschmann [8], Meißner [9] und Gelpke [10], sowie der ungenannte Verfasser eines älteren Aufsatzes in der allg. österreichischen Gerichtszeitung [11] der Ansicht, daß ein Ratenwechsel ein ungiltiger Wechsel sey. Die meisten gehen dabei davon aus, daß im Falle der Beifügung der kassatorischen Klausel, soferne dadurch die Zeit der Erfüllung der Wechselverbindlichkeit an die Rechtzeitigkeit, beziehungsweise die Zögerung in der Zahlung geknüpft werde, ein bedingtes Zahlungsversprechen, ein von einer Bedingung abhängiger alternativer Zahlungstag vorliege, Bedingungen im Wechsel aber sowohl bei der verschriebenen Summe als bei der Zahlungszeit unzuläßig seyen, und daher den ganzen Wechsel als solchen ungiltig machen. Gelpke dagegen erkennt an, daß weder die Festsetzung von mehreren bestimmten Zahlungsterminen für einzelne feste Raten der Wechselsumme, noch die Beifügung der kassatorischen Klausel der Vorschrift der Art. 4 Nro. 4 und Art. 96 Nro. 4, welche eine genaue Bestimmung der Zahlungszeit fordert, an sich zuwider seye. Er folgert aber

---

[5] Berufung auf Conferenz Protokoll S. 62.

[6] Lehrbuch d. gem. d. W. R. (2. Aufl.) §. 15. S. 44.

[7] Im Archiv f. d. W. R. Bd. 1 S. 199.

[8] Ebendas. Bd. 2 S. 196.

[9] Ebendas. Bd. 4 S. 414—418.

[10] Zeitschr. f. Handels.-R. Heft 3 S. 102—108.

[11] Jahrg. 1851 Nr. 2. Dieser Aufsatz ist, wie die Jahreszahl ergibt, älter, als die nachher zu erwähnende kaiserlich österr. Verordnung, wodurch die Frage im Gesetzgebungswege entschieden wurde. (Note 12 und 13.)

die Ungiltigkeit derartiger Papiere aus dem Wesen und der Natur des Wechsels, als eines auf den Umlauf berechneten Handelspapiers. Diese Auffassung des Wechsels seye für alle Bestimmungen der deutschen Wechselordnung leitend gewesen, und sie habe auf die Ausscheidung der kaufmännischen Anweisungen und anderer wechselähnlicher Schuldpapiere aus dem Wechselrecht, und auf die Ungiltigkeitserklärung von Wechseln auf Kündigung und mit Zinsversprechen geführt. Mit den Ratenwechseln stehe es aber noch schlimmer als mit Wechseln der letzteren Art. Jene seyen so wenig wie diese indossabel, sie eignen sich zum Discontiren nicht, und der Rücklauf solcher Wechsel im Wege des Regresses würde Schwierigkeiten aller Art mit sich bringen. All' dieß führe darauf, solche Papiere aus dem Wechselrecht auszuschließen und ihnen die Wechselkraft abzusprechen. Hiemit stimmt eine Entscheidung des Handelsgerichts zu Leipzig vom 1. Okt. 1851 und des Appellationsgerichts daselbst vom 9. Aug. 1852 überein, und auch das Oberappellationsgericht zu Dresden hat, obgleich dasselbe in dem oberstrichterlichen Erkenntniß vom 18. Jan. 1853 in derselben Sache die Frage von der Giltigkeit der Ratenwechsel dahingestellt gelassen hat, sich doch dahin ausgesprochen, daß die richtigere Theorie vom Wechsel und seiner Beziehung zum Geschäftsleben sich dagegen erkläre, den Ratenwechsel als einen eigentlichen Wechsel zu betrachten.[12]

Eine Entscheidung des Appellationsgerichts zu Eisenach vom 19. Dez. 1854 bezeichnet die Frage von der Giltigkeit eines Ratenwechsels mindestens als zweifelhaft und weist die Klage deßhalb ab, weil der erst später fällig werdende Wechsel lediglich auf Grund der kassatorischen Klausel eingeklagt worden, letztere aber den Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung Art. 4 Nro. 4 und Art. 96 Nro. 4 nicht entspreche.[13] Ob die kassatorische Klausel den Wechsel un=

[12] Archiv f. d. W. R. Bd. 4. S. 101 ff. insbes. S. 103. 107 108. 110.

[13] Verh. der Commission zur Berathung eines allgemeinen deut=

giltig mache, und daher aus solchem überhaupt nicht geklagt werden könne, oder ob die Klausel nur für nicht geschrieben zu erachten, und der Wechsel somit nur nicht auf Grund derselben vor dessen Verfallzeit eingeklagt werden könne, blieb hienach unentschieden.

Ganz bestimmt dagegen hat die österreichische Gesetzgebung die Frage von der Giltigkeit der Ratenwechsel verneint, indem durch eine von dem österreichischen Justizministerium am 29. Okt. 1852 publizirte K. K. Verordnung vom 21. desselben Monats ausgesprochen wurde, daß Ratenwechsel mit oder ohne kassatorische Klausel nicht als giltige Wechsel anzusehen seyen, und die darauf gesetzten Erklärungen keine Wechselkraft haben,[14] und in Uebereinstimmung hiemit ist durch eine in Folge höchster Entschließung vom 21. Okt. 1858 ergangene weitere Verordnung des österreichischen Justizministerium vom 2. November 1858 zur Lösung jeden Zweifels bestimmt worden, daß in Art. 4 Ziff. 4 der Wechselordnung nach den Worten: „die Zahlungszeit kann" einzuschalten seye: „für die gesammte Geldsumme nur eine und dieselbe seyn und".[15] Im Anschluß hieran hat auch Haimerl[16] sich für die unbedingte Ungiltigkeit der Ratenwechsel mit und ohne Klausel erklärt, und der oberste österr. Gerichtshof hat in einem Erkenntniß vom 21. April 1858, in Bestätigung einer Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Wien vom 3. März 1858, angenommen, daß selbst ein nachträgliches Uebereinkommen des Wechselinhabers mit dem Acceptanten auf Zahlung der Wechselsumme in Raten, welches Uebereinkommen auf der Rückseite des

---

schen Handelsgesetzbuchs, mehrere zur allgem. d. W.-O. in Anregung gekommene Fragen betr. (1858) S. XL.

[14] Archiv f. d. W.-R. Bd. 3 S. 240. Bd. 6 S. 23. Borchardt, allg. d. W.-O. (2. Aufl.) S. 38. 39. Note 65. Kitka, Erläut. S. 31 f.

[15] Oesterr. Reichsgesetzblatt von 1858 Stück XLIX. Goldschmidt, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 2 S. 381.

[16] Anl. zum Studium des Wechselrechts S. 56.

Wechsels vermerkt worden, den Wechsel ungiltig mache.[17]

Auch die Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs in Nürnberg hat sich dahin ausgesprochen, daß der Ratenwechsel als ein Wechsel der deutschen Wechselordnung nicht anzusehen sey, obgleich die Kommission bezüglich der Wirkung der kassatorischen Klausel, solche an sich betrachtet, der Brauer'schen Ansicht sich angeschlossen hat, und die Ungiltigkeit des Ratenwechsels nicht auf diese Klausel, sondern auf die Festsetzung mehrerer Verfalltage gründet. In dem Kommissionsbericht, welcher in Folge Bundesbeschlusses vom 19. Februar 1857 über mehrere zur allgemeinen deutschen Wechselordnung in Anregung gekommene Fragen erstattet wurde, ist dießfalls gesagt: „daß die kassatorische Klausel ungiltig sey, dürfte keinem Zweifel unterliegen, da Art. 4, Nr. 4 der allg. deutschen Wechselordnung erfordere, daß die Zahlungszeit auf einen bestimmten Tag, auf Sicht, auf eine bestimmte Zeit nach Sicht oder auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung festgesetzt werde. Bei der kassatorischen Klausel werde zwar für jede Ratenzahlung ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt, es werde aber bei nicht erfolgender Zahlung einer der zunächst fälligen Raten in das Belieben des Wechselinhabers gestellt, die später fällig werdenden Raten früher zu fordern. Es fehle demnach an einer bestimmten Zahlungszeit, wie dieselbe in der deutschen Wechselordnung erfordert werde, und es würde nach den Verhandlungen der Leipziger Konferenz (über den Augsburger Accept[18] und den Wechsel auf Kün-

---

[17] Archiv für d. W.-R. Bd. 8 S. 198 bis 202. Borchardt, allg. d. W.-O. (2. Aufl.) S. 38. 39. Note 65.

[18] Vergl. dieses Archiv Bd. 2 S. 498. 499. Nr. 20 und Note 12. Die in Seuffert's Archiv Bd. 12 Nr. 184 und im Archiv f. d. W.-R. Bd. 7 S. 114 ff. veröffentlichte, auch von Goldschmidt, Zeitschr. f. Handels-R. Bd. 2 S. 128 angeführte Entsch. des Stuttgarter Obertribunals vom 7. April 1858, wonach die Klausel „14 Tage vor Verfall acceptabel" (sog. Augsburger Acceptationsfrist) nur als nicht beigefügt anzusehen ist, und den Wechsel nicht ungiltig macht, wurde neuerdings wiederholt abgedruckt in Tafel's Civilrechtsspr. Bd. 4 S. 153 ff.

digung) diese Klausel als nicht geschrieben zu betrachten seyn. Was dagegen die Festsetzung mehrerer Verfalltage, an welchen die einzelnen Raten der Wechselsumme zahlbar werden, anbelange, so widerspreche dieselbe dem Wesen des Wechsels als eines negociabeln Papiers und würde zu den größten Inkonvenienzen, namentlich in Bezug auf den Regreß, führen. Daß die Leipziger Konferenz nicht die Absicht gehabt habe, Ratenwechsel zuzulassen, gehe aus Art. 54 der deutschen Wechselordnung hervor, nach welchem der Regreßpflichtige nur gegen Auslieferung des Wechsels ꝛc. Zahlung zu leisten verbunden sey, und man müsse daher annehmen, daß Art. 4 unter Ziffer 4 eine und dieselbe Zahlungszeit für den gesammten Wechselbetrag habe feststellen wollen. Auch dürfte der kaufmännische Gebrauch entschieden dafür seyn, bei verschiedenen Verfalltagen einer zu zahlenden Summe auch verschiedene Wechsel auszustellen.[19] Bei der Berathung dieses Kommissionsberichts wurden zwar Bedenken gegen diese Ansicht geltend gemacht, die Mehrheit ging aber mit der Kommission davon aus, es müsse nach Art. 4, Nr. 4 in Verbindung mit Art. 54 angenommen werden, daß dem Ratenwechsel ein wesentliches Erforderniß fehle. Nun seye es aber gleichgiltig, ob ein solcher Mangel in einem einzelnen Fall eine Störung in den Wechselverkehr bringe oder nicht, vielmehr entziehe derselbe nach Art. 7 dem Wechsel jedenfalls die wechselmäßige Wirksamkeit. Zugleich wurde die von Einzelnen aufgestellte Behauptung, daß eine Quittirung der Raten auf dem Wechsel die Rückgabe desselben vertreten könne, von der Mehrheit bestritten und schließlich der Kommissionsantrag, in Art. 4 nach den Worten „die Zahlungszeit kann" einzuschalten: „für die gesammte Geldsumme nur eine und dieselbe seyn und" mit 13 gegen 1 Stimme angenommen.[20]

---

[19] Verh. d. Comm. zur Berathung eines allg. d. Handelsges.-Buchs, mehrere zur allg. d. W.-O. in Anregung gekommene Fragen betr., S. XL. bis XLII.

[20] Ebendas. S. LXVIII. bis LXXIX. und S. LXXXIII. 2 c.

Das württemb. Obertribunal hat aus Anlaß einer gutächtlichen Aeußerung über die Nürnberger Konferenzbeschlüsse sich gleichfalls für diese Ansicht ausgesprochen, indem dabei bemerkt wurde, daß die Ansicht der Kommission mit der Entscheidung des Obertribunals bezüglich der Wechsel mit Zinsversprechen[21] übereinstimme. Am 21. April 1860 wurde dann auch im Einklang hiemit eine Wechselklage des Malers H. gegen den Hofschauspieler W. von dem Obertribunal aus dem Grunde abgewiesen, weil Ratenwechsel als giltige Wechsel nicht betrachtet werden können, wobei sich auf die von der Nürnberger Commission geltend gemachten Gründe bezogen wurde.

Der entscheidende Grund für die Ungiltigkeit des Ratenwechsels ist mit Gelpke darin zu suchen, daß die Festsetzung mehrerer Termine für einzelne Raten der Wechselsumme den Wechsel, wegen der namentlich bezüglich des Regresses möglichen, und aus dem Inhalte des Wechsels selbst nicht zu lösenden, Verwicklungen, zum Umlaufe ungeeignet macht, jene Festsetzung somit gerade der eigentlichen und ursprünglichen, das rechtliche Wesen des Wechsels in sich begreifenden Bestimmung desselben, als eines auf den Umlauf berechneten Handelspapiers,[22] widerstreitet.

---

5) Zur Erörterung des Thatbestands des Betrugs.

(Von Herrn Prof. Dr. Geßler in Tübingen.)

Zwei Fragen sollen hauptsächlich den Gegenstand gegenwärtiger Erörterung bilden:

I. Liegt Betrug blos dann vor, wenn der Getäuschte durch die Täuschung sich bestimmen ließ, Eigenthum zu übertragen oder auch dann, wenn der Getäuschte nur den Besitz des von ihm hingegebenen Gegenstandes einräumen wollte?

---

[21] Dieses Archiv Bd. 2 S. 496. 497. Ziff 13. und Note 9.

[22] Eine interessante Uebersicht und gründliche Prüfung der neueren wissenschaftlichen Ansichten über den Begriff und die rechtliche Natur des Wechsels von Jolly findet sich in dem neuesten Heft der kritischen Vierteljahrsschrift von Pözl Bd. 2 S. 538 ff.

II. In wie weit ist zur Annahme des Betrugs Identität des Getäuschten und Benachtheiligten erforderlich?

Beide Fragen stehen in engem Zusammenhang und werden zu ihrer Veranschaulichung folgende Fälle dienen:

Zu I. A erlangt unter Vorspiegelungen bestimmte Gegenstände von einem Andern ausgefolgt, welcher sie ihm nur als Depositar, als Commodatar, zur Auswahl, als Beauftragtem einhändigen will, während A von Anfang an die Aneignung der Gegenstände beabsichtigte.[1]

Zu II. A hat B irgend einen Gegenstand zum Aufbewahren gegeben. Dieser folgt ihn an den durchaus nicht ermächtigten C aus, welcher sich auf völlig glaubwürdige Weise (z. B. durch äußerlich ganz glaubhafte Urkunden) als zur Empfangnahme befugt ausweist. Getäuscht ist B, benachtheiligt A.[2]

A hat sich unberechtigterweise in den Besitz einer auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibung gesetzt oder mißbraucht die an sich ihm überlassene Innehabung einer solchen dahin, daß er sie auf B überträgt und dieser erlangt vermöge seines Erwerbs in gutem Glauben von dem Aussteller Zahlung oder wird sonst als Berechtigter anerkannt. Getäuscht ist B, benachtheiligt der zu der Forderung Berechtigte.

Diesem ist ähnlich:

Die württembergische Sparkasse ist nach ihren Statuten Art. 14 (Reg.Bl. von 1855, S. 178) durch Zahlung an den Vorzeiger eines auch auf den Namen lautenden Sparkassenscheins liberirt, sofern die Zahlung an ihn unter un=

---

[1] Zu vergl. z. B. die in Hufnagel, Comment. III. S. 488 unten und S. 707 aufgeführten Fälle der Annahme von Butter zur Besorgung des Verkaufs, des vorgeblichen Entlehnens eines Scheines.

[2] Zu vergl. das in Goldtammer, Archiv III. S. 608 gegebene Beispiel: A ließ sich sehr häufig durch eine bestimmte Person von einem dritten Orte aus Sachen in sein Haus holen. Diese Person erhielt, indem sie einen Auftrag, welcher nicht vorlag, behauptete, den Mantel des A ausgefolgt.

verdächtigen Umständen erfolgt ist. Hat der Vorzeiger sich unberechtigt in den Besitz des Scheins gesetzt oder solchen mißbraucht, so ist getäuscht die Verwaltung der Sparkasse, benachtheiligt der wahre Forderungsberechtigte.

Die Strafwürdigkeit sämmtlicher Handlungen wird Niemand bezweifeln wollen, indem stets das Vermögensrecht einer Person absichtlich in einer Weise als verletzt erscheint, welche der völligen Aufhebung des Bestehens des betreffenden Rechts gleichkommt, so daß zur Aufrechthaltung der Rechtsordnung ein strafrechtlicher Schutz ebenso nöthig als begründet erscheint. Auch ist die Möglichkeit von Strafe durch das positive Recht nicht bestritten, indem nur darüber Streit besteht, ob Betrug oder Unterschlagung vorliegt, wobei für die zwei letzten Fälle von II. auch ein Zusammentreffen von Diebstahl oder von Unterschlagung mit Betrug möglich wäre, hier aber bei Sparkassenschuldverschreibungen die Entwendung von Urkunden gesetzlich anders geregelt seyn müßte, als dies z. B. im württembergischen Rechte stattfindet.

Die Annahme von Unterschlagung, welche in neuerer Zeit hauptsächlich von Köstlin[3] vertheidigt wurde, stützt sich zu I. auf das gemeine Recht und die Auffassung des Wesens des Betrugs. In erster Beziehung dient als Grundlage das römische Recht. Nach diesem soll da, wo trotz der Täuschung Eigenthumsübergang stattfand, Betrug vorgelegen seyn: dagegen war furtum angenommen, wenn ein Eigenthumsübergang nicht eintrat, sey es, daß

a) das Eigenthum bei dem die Sache Hingebenden geblieben war, weil er gar kein Eigenthum, sondern nur die Innehabung einräumen wollte, oder

b) daß er zwar Eigenthum übertragen wollte, aber ein Eigenthumsübergang nicht hiedurch bewirkt wurde, weil er den Empfänger für den Stellvertreter eines Dritten hielt,

---

[3] Abhandlungen, S. 153 ff. S. 340, sodann in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XIV. S. 321 ff. 416 ff. Goltdammer's Archiv für preuß. Strafr. IV. S, 55.

was dieser nicht war, somit weder für den Dritten, noch für den Empfänger Eigenthum begründet wurde;[4] oder

c) daß er zwar Eigenthum übertragen wollte, aber nicht hinsichtlich des von ihm hingegebenen Gegenstandes, welchen er mit einem andern verwechselte,[5] oder nicht an den Empfänger, welchen er bei dem Vollzuge eines mit Rücksicht auf die Persönlichkeit abgeschlossenen Vertrags für eine andere Person hielt.[6]

Unerörtert kann hier bleiben, ob das römische Recht auch noch in Fällen, in welchen Eigenthumsübergang stattfand, furtum und nicht Betrug angenommen hat,[7] indem in diesen weiteren Fällen für das heutige Recht Betrug insbesondere auch von Köstlin als vorliegend betrachtet wird, so daß für dieses jedenfalls kein Streit besteht. Es soll deßhalb nur untersucht werden, ob in den Fällen a bis c vom Standpunkt des heutigen Rechts Betrug vorliegt. Köstlin bestreitet dieß für die Fälle a und b, weil hier nur Detention erlangt und deshalb nur das Delict der Unterschlagung möglich sey, während aber zu c Betrug anzunehmen sey, „weil das deutsche Recht keinen Diebstahl ohne Besitzentsetzung invito domino kennt und die Unterschlagung voraussetzen würde, daß der Beschädigte nur die Detention habe übertragen wollen.“[8] Allein hierin liegt eine Inkonsequenz. Auch im Falle von b ist nach den eigenen Prämissen Köstlin's weder Diebstahl noch Unterschlagung möglich: auch hier will der Beschädigte nicht allein die Detention

[4] l. 14. D. de cond. caus. d. (12, 14.) l. 38 §. 1. D. de solut. (46, 3.) l. 43 §. 1. l. 44 pr. l. 52 §. 11. l. 66 §. 3. l. 80 §. 5. 7. D. de furt. (47, 2). Zu vergl. Wächter, Württ. Privatrecht II. S. 746 n. 8 gegen Sarwey, Monatschrift IX. S. 439 f.

[5] l. 21 §. 1. l. 44 §. 1. D. de furt. (47, 2).

[6] l. 52 §. 21. l. 66 §. 4. l. 80. §. 6. D. de furt. (47, 2).

[7] Für einen weiteren Umfang des römischen Furtum ist Wächter, Rechtslexikon III. S. 360 n. 39 hauptsächlich auf Grund von l. 18 D. de cond. furt. (13, 1). l. 3 8 §. 1 D. de solut. (46, 3). Zu vergl. dagegen Köstlin, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XIV. S. 421 ff.

[8] l. c. S. 423.

übertragen, sondern den Dritten, in dessen Auftrag der Empfänger nach seiner Meinung handelt, zum Eigenthümer machen; es bleibt aber das Eigenthum bei ihm zurück, weil der Empfänger nur für sich und der Dritte nicht durch ihn Eigenthum erwerben will.[9] Der Fall von b steht dem von c auch darin völlig gleich, daß rechtlich nur Besitz erlangt ist.[10] Es bleibt somit konsequenterweise für Köstlin selbst nur der Fall a übrig.

Prüfen wir die von Köstlin hiefür vorgebrachten Gründe, so bestehen sie darin, daß das verbrecherische Moment hier in der Zueignung des in die Detention Erhaltenen liege, weil die Täuschung nur das Anvertrauen der Detention hervorgebracht habe, worin an sich noch keine Rechtsverletzung liege. Allein ist nicht eben damit, daß in diesen Fällen stets vorausgesetzt ist, daß der Empfänger bereits bei der Empfangnahme die Absicht gehabt habe, die Sache sich zuzueignen, die Rechtsverletzung gegeben? Verloren geht juristisch auch in den Fällen b und c nur der Besitz; das Eigenthum bleibt hier, wie dort, an sich unverändert. Die Rechtsverletzung besteht aber bei den Verbrechen gegen das Eigenthum überhaupt auch sonst nicht in der Aufhebung des Eigenthumsrechts des Benachtheiligten, vielmehr z. B. bei dem Diebstahl in der Bemächtigung des Gegenstands mit der Absicht, die Dispositionsrechte eines Eigenthümers hierüber faktisch auszuüben. Die für das Strafrecht erheblichen Momente liegen somit auch hier vor; es soll der Andere durch Täuschung bestimmt werden, einen Akt vorzunehmen, dessen wahren Inhalt er nicht kennt, und wodurch der Täuschende den Gegenstand, dessen Aneignung er beab-

---

[9] Zu vergl. Savigny, das Recht des Besitzes (5. Aufl.) S. 311 n. 1.

[10] In dem vor dem Schwurgerichtshof zu Tübingen am 15./16. März 1860 verhandelten Falle gegen Anna Maria Schwarz von Egenhausen, welche Geld sich aushändigen ließ, um es einer Zigeunerin zum Zweck der Heilung der Kinder der Getäuschten zuzustellen, wäre nach Köstlin's Ansicht nur Unterschlagung vorgelegen.

sichtigt, vollständig in seine Macht erhält. Die Verschiedenheit, daß der Getäuschte in den Fällen b und c glaubt, Eigenthum zu begründen, hier nur, sich der Innehabung zu entäußern, ist nicht geeignet, der Handlungsweise des Täuschenden irgendwie einen andern Charakter zu verleihen. Er benützt in beiden Fällen den Willen des Andern nur als Durchgangspunkt, um zu der von ihm beabsichtigten Disposition über den Gegenstand zu gelangen. Wessen der Andere sich zu entäußern beabsichtigte, ist ihm ganz gleichgiltig, wenn nur das in dessen Willen Gelegene ihm die Möglichkeit verschaffte, die Innehabung des Gegenstandes in einer Weise zu erreichen, welche ihm die gewollte faktische Macht über die Sache gewährt. Es würde bei Annahme von Unterschlagung das Moment, daß ihm die Täuschung das Mittel seyn sollte, diese Macht zu erlangen, gar keine Beachtung finden, während es doch die Strafwürdigkeit der Handlung bedeutend erhöht.[11] Nur so viel ist richtig: wenn die Absicht des Täuschenden auch nur dahin gerichtet ist, die bloße Innehabung des Gegenstandes zu erlangen,[12] so liegt hierin allein die Hervorrufung des mit einer solchen gegebenen Nachtheils, und wenn nunmehr später derselbe die Absicht der Aneignung faßt und ausführt, so ist hiemit nur Unterschlagung gegeben. Das Gleiche ist auch dann anzunehmen, wenn dem Einzelnen die Sache durch Zufall — sey es auch durch einen Irrthum des Hingebenden, welcher nur nicht zur Hervorrufung der Empfangnahme erregt oder bestärkt worden — zugekommen ist, mag auch hier die Absicht der Zueignung sogleich mit der Empfangnahme vorgelegen seyn.[13]

---

[11] Zu vergl. mit dem in Heuser's Entsch. des O.-A.-Gerichts zu Cassel V. S. 277. ff. bemerkten Fall.

[12] Z. B. ein Handwerker gibt sich für den von dem Besteller Gemeinten, mit welchem er vielleicht gleichen Namen führt, aus, und nimmt die zu verarbeitende Sache in Empfang, in der Absicht, die Arbeit auszuführen. Jemand entlehnt unter irrigem Vorwand eine Sache, deren Verfertigung er kennen zu lernen wünscht.

[13] Z. B. Zusendung eines größeren Betrags als denjenigen der

Haben wir hienach die zu I. aufgeworfene Frage dahin zu beantworten, daß der Umstand, daß der Getäuschte nur den Besitz des von ihm hingegebenen Gegenstandes einräumen wollte, kein Hinderniß bildet, Betrug anzunehmen, sofern nur auf Seiten des Täuschenden die sonstigen zum Betrug erforderlichen Momente vorliegen, so verlangt Köstlin[14] zum Betrug überhaupt stets die Täuschung über eine Thatsache und findet diese nicht darin, wenn nur der animus se obligandi fehlte, die von dem Getäuschten getroffene Verfügung nicht durch einen anderweitigen Irrthum hervorgerufen wurde. Es liegt nicht in der gestellten Aufgabe, diese allgemeine Frage zu erörtern, vielmehr soll nur das für Fälle der vorliegenden Art speziell Erhebliche hervorgehoben werden. Hier könnte nun angenommen werden, daß bei solchen Fällen eine Täuschung nicht blos, sofern der animus se obligandi nur vorgespiegelt wird, sondern auch, sofern als Absicht nur die Erlangung der Detention, nicht die der unbeschränkten Dispositionsbefugniß vorgegeben werde, vorliege. Während der Getäuschte die Sache ihm hingibt, damit er sie in seinem — des Getäuschten — Namen inne habe, ergreift er die Sache mit der Absicht, sie für sich zu besitzen. Allein eine wesentliche Verschiedenheit wird hiedurch doch nicht begründet. Der Mangel des animus se obligandi bei Handlungen, bei welchen auch von Seiten des Getäuschten die Uebertragung von Eigenthum vorliegt, wird dort allerdings im bloßen Nichtwollen der Erfüllung einer Verbindlichkeit seinen Ausdruck finden, während hier der animus possidendi hinsichtlich des Gegenstandes selbst ein anderer ist. In beiden Fällen ist es jedoch nur die Art und Weise der Aeußerung dieses Mangels, welche nicht einen Irrthum über eine äußere für die Willensbestimmung des Getäuschten erhebliche Thatsache hervorruft oder bestärkt.

Schuld, oder Einhändigung eines Packets an einen Adressaten gleichen Namens durch die Post.

[14] S. 424.

Genügt das bloße Verschweigen des Mangels des animus se obligandi nicht zur Annahme von Betrug, so ist aus diesem Grunde nur Unterschlagung anzunehmen, wenn auch selbst bei der Besitzergreifung die auf Aneignung gerichtete Absicht vorlag, und trifft sodann bei a—c die zur Unterschlagung wesentliche Voraussetzung der Aneignung einer fremden Sache zu. Faktisch wird übrigens das Vorliegen an sich gegründeter Veranlassung zur Einräumung der Detention (z. B. das Entlehnen eines Regenschirms bei plötzlich entstandenem Unwetter) uns regelmäßig zu der Annahme bestimmen, daß die Absicht der Aneignung des Gegenstandes erst später gefaßt wurde.

Zu II. ist Köstlin[15] der Ansicht, daß Identität des Getäuschten und Benachtheiligten erforderlich sey.

Begründet soll dies seyn im Wesen des Betrugs „als eines mit formeller Achtung des Willens des Beschädigten mittelst Mißbrauchs seines Erkenntnißvermögens verübten Delicts gegen das Eigenthum.“ Allein so anerkennenswerth die Auffassung des Betrugs durch Köstlin ist, wonach ihm charakteristisch ist, daß der Wille des Getäuschten zum Durchgangspunkte genommen wird, so ist doch ein rein privatrechtlicher Gesichtspunkt hereingezogen, wenn der Getäuschte auch der Benachtheiligte seyn soll. Für den Täuschenden ist von keiner Erheblichkeit, ob er den Eigenthümer, einen bonae fidei possessor oder einen naturalis possessor vor sich hat, wenn nur Derjenige, welchen er in Irrthum versetzt oder in demselben bestärkt, die faktische Möglichkeit hat, ihm den Gegenstand auszufolgen. Es liegt dies schon darin, daß regelmäßig der Vermögensvortheil allein ihm von Belang ist, für dessen Erreichung die Entstehung eines Vermögensnachtheils nur das unumgänglich nöthige Mittel ist. Erkennt er in dem Getäuschten nur einen naturalis possessor, so wird er seine

[15] Abhandlungen S. 153. 154. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XIV. S. 321 ff.

Thätigkeit, seine Vorspiegelungen anders einrichten, meist sich selbst als Eigenthümer oder die Zustimmung des Eigenthümers behaupten und wahrscheinlich machen müssen; allein dies ist etwas Faktisches, die Richtung seiner Thätigkeit wird hiedurch keine andere.

Köstlin faßt die Einwilligung des Getäuschten so auf, daß er äußerlich zu dem Akte der Hingabe seine volle Zustimmung gibt, welchen er nur in Folge des Irrthums nicht als einen ihn benachtheiligenden erkennt. Allein hiemit ist doch die Zustimmung zum Eintritt des Nachtheils selbst vollständig ausgeschlossen; es kann deshalb auch das Moment, daß die Zustimmung von Jemand ausgeht, bei dessen Einwilligung in den in seiner wahren Bedeutung erkannten Akt dieser den Charakter eines rechtsverletzenden verlieren würde, von keiner Erheblichkeit seyn. Es fällt ja gerade durch den Betrug das Spezifische hinweg, welches der Handlungsweise dieses Einzelnen eine andere Bedeutung verleihen könnte, als der Hingabe eines Anderen, welcher sich nur in dem nöthigen faktischen Verhältnisse zur Sache befindet.

Das civilistische Moment, daß bei gehöriger Einwilligung des in Wirklichkeit Benachtheiligten für diesen keine Rechtsverletzung vorliegen würde, kann deshalb nicht ohne Weiteres übertragen werden. Vielmehr ist von Erheblichkeit, daß auch durch in Folge Irrthums bewirkte Handlungen anderer Personen, als des Benachtheiligten, für Letzteren Vermögensentschädigung eintreten kann, und daß, wenn hiebei blos Unterschlagung vorliegen sollte, das Moment der Täuschung, welches doch an sich geeignet ist, der verbrecherischen Thätigkeit einen höher strafbaren Charakter zu verleihen, gar keine Beachtung finden könnte.

Wollten wir die Identität des Getäuschten und Benachtheiligten als wesentlich annehmen, so wäre möglicherweise Ausschluß der Vollendung anzunehmen, wenn der Betrüger den Getäuschten nicht als den Benachtheiligten erkennen würde, während er es ist, oder umgekehrt, es würde in gleicher Weise zu I. der Kenntniß oder Nichtkenntniß der

Absicht des Getäuschten, Eigenthum zu übertragen oder nur Besitz zu gewähren, ein Einfluß gestattet und wäre bloßer Versuch anzunehmen, wenn der Handelnde nur die letztere Absicht als vorliegend betrachten würde, während die erstere vorhanden war.

Es zeigt auch dies, daß Momenten, welche für die Richtung der Thätigkeit gar nicht erheblich sind, hiemit ein entscheidendes Gewicht beigelegt würde. Köstlin hält das Erforderniß der Identität des Getäuschten und Benachtheiligten noch für gewahrt, wenn der getäuschte Inhaber einer Sache (Mandatar, Depositar) als ersatzpflichtig und hienach selbst beschädigt erscheint.

Allein hiemit ist gerade die Unrichtigkeit der ganzen Auffassung dargelegt. Der Betrüger wollte in einem solchen Fall regelmäßig die Vermögensbenachtheiligung nur als Mittel für die Erreichung des in Aneignung der Sache gelegenen Vortheils. Ob der Mandant oder der Mandatar Schaden leidet, ist ihm unerheblich; ist aber auch die Herbeiführung der Verbindlichkeit zum Schadenersatz genügend, so kann diese entstehen, ohne daß der Betrüger ihre Hervorrufung irgendwie beabsichtigt hat. Es liegt hierin, daß stets nur erheblich ist der Eintritt eines Vermögensnachtheils, vermittelt durch die Täuschung, nicht aber der Eintritt eines solchen in der Person des Getäuschten.

Die Annahme von Betrug in den zwei letzten Fällen von II. führt allerdings zu der weiteren Frage, inwieweit, soferne die Annahme von Diebstahl und Unterschlagung nach den Grundsätzen über Entfremdung von Urkunden möglich ist, noch die weitere verbrecherische Thätigkeit strafrechtlich in Betracht kommen kann. Die Erörterung dieser in die Lehre der Verbrechenskonkurrenz tief eingreifenden Frage würde hier zu weit führen; es genügt für den hier verfolgten Zweck das Ergebniß, daß, sofern die selbstständige Bestrafung der weitern Thätigkeit nach den Grundsätzen über Konkurrenz möglich ist, mithin insbesondere, wenn eine sonstige Bestrafung überhaupt

(wie im letzten Falle nach württembergischem Rechte) nicht thunlich wäre, die Annahme der Strafbarkeit wegen Betrugs keinem Anstand unterliegt.

Ist hienach das Erforderniß der Identität des Getäuschten und Benachtheiligten im Allgemeinen als unbegründet zu betrachten, so ist hiemit nicht ausgeschlossen, daß die Person des Benachtheiligten nicht sonst von Erheblichkeit seyn kann. Wird, wie im württembergischen Recht, Betrug unter Verwandten bestimmten Grads für milder oder nur auf Klage strafbar erklärt, so ist ein etwaiger Irrthum des Betrügenden über die Person des Verletzten von Einfluß. Allein dieß steht mit der hier erörterten Frage in keinem inneren Zusammenhang, es genügt bei der hier vertheidigten Auffassung allerdings nicht, daß der Getäuschte ein Verwandter ist, wenn der Benachtheiligte ein Nichtverwandter ist, und es kann zur Annahme von Benachtheiligung eines Verwandten auch bereits seine Verantwortlichkeit zur Schadloshaltung hinreichen, aber es sind dieß nur Folgerungen aus der selbstständig zu lösenden Beantwortung der Frage.

Ist deßhalb im Wesen des Betrugs nur als gelegen zu betrachten, daß das Vermögensrecht irgend einer Person durch Täuschung benachtheiligt wird, wobei die hiedurch beabsichtigte Benachtheiligung ausschließliche Bemächtigung über den Gegenstand oder Entziehung des Gegenstandes enthalten soll, so läßt sich auch nicht für das positive Recht ein Ausschluß der Annahme von Betrug bei Nichtidentität des Getäuschten und Benachtheiligten nachweisen.

Das römische Recht gibt wohl über diese Frage keine unbedingte Entscheidung; doch wird, wenn wir eine solche als hierin enthalten annehmen können, nicht die Identität des Getäuschten und Benachtheiligten als verlangt zu betrachten seyn.[16]

---

[16] Für das Strafrecht kommt hiebei in Betracht l. 29 §. 5 D. (17,1) In omnibus (autem) visionibus, quae propositae sint, ubi

Der Inhalt der neueren Gesetzgebungen ist bereits von Köstlin angegeben und ergibt sich hieraus, daß das österreichische und preußische Strafgesetzbuch das Erforderniß der Identität des Getäuschten und Benachtheiligten nicht

---

creditor vel non numeratam pecuniam vel numeratam pecuniam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei judicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur. Getäuscht kann in diesen Fällen der Richter seyn, während die unterliegende Partei selbst durchaus die Unwahrheit des Vorbringens ihres Gegners kannte. Allein nothwendig ist durchaus nicht, daß überhaupt und blos der Richter getäuscht wurde. Eine Supplirung wie bei Goltdammer, Archiv III. S. 606 vorgeschlagen, daß ein durch Täuschung bewirktes Versprechen erging, ist nicht erforderlich, vielmehr dienen l. 20 §. 1. l. 25 D. (4, 3) in welchen Stellen das unwahre Vorbringen auf die Gegenpartei täuschend und bestimmend wirkte, zur Ergänzung, si persuasecim mihi nullam societatem tibi fuisse cum eo, cui heres sum et ob id judicio absolvi te passus sim, dandam mihi de dolo actionem Julianus scribit. Cum a te pecuniam peterem eoque nomine judicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tamquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolveris etc. etc. Die civilrechtlich verschiedene Behandlung der Absolutio und Condemnatio ist wohl durch sonstige Vorschriften des römischen Rechts erklärlich, berührte aber jedenfalls das Strafrecht nicht. Für das Civilrecht ist anerkannt, daß, wenn der Bevollmächtigte ein indebitum entrichtet hat, der Vollmachtgeber zur Zurückforderung desselben berechtigt ist und daß, wenn ein Erbschaftsbesitzer ein indebitum geleistet hat, der an seine Stelle Getretene dasselbe zurückfordern kann. l. 6 pr. §. 3. l. 61 D. (12, 6). l. 6. Cod. (4, 5.) Haben diese Bestimmungen keine direkte Beziehung zum dolus, so kann doch gewiß der Irrthum auch hier durch Täuschung erzeugt seyn und wirkt sodann dieser auch nicht blos für den Getäuschten. Ist anscheinend hiegegen die l. 80. §. 7. D. de furt (47, 2), indem sie dem Vollmachtgeber die actio furti und condictio furtiva entzieht, so ist doch der Grund für die Unzulässigkeit lediglich der Mangel des Eigenthums auf Seiten des Vollmachtgebers zur Zeit der Hingabe und beweist somit dieser Grund, daß an sich kein Hinderniß für ein Klagrecht des Vollmachtgebers vorliegen würde, wie denn auch die condictio indebiti als statthaft anerkannt ist.

aufstellen, daß ebenso der bayerische Entwurf von 1854 dasselbe nicht kennt. Hat das sächsische Gesetzbuch von 1855 dieses Erforderniß dagegen mit Bestimmtheit geltend gemacht, so wurde doch auch bald dort erkannt, daß hiemit das Gebiet des Betrugs eingeengt werde und im Wege der Gesetzgebung abzuhelfen gesucht.

Unter den Gesetzgebungen, welche direkt das Erforderniß aufstellen, ist von Köstlin zugleich auch das württembergische Strafgesetzbuch aufgeführt, allein es bedarf dieß doch noch einer näheren Prüfung.

Die Worte des Art. 351 lauten:

„Wer zum Nachtheile der Rechte eines Anderen wissentlich falsche Thatsachen für wahr ausgibt ꝛc. und dadurch den Andern in Schaden bringt, oder sich einen Vortheil verschafft, ist wegen Betrugs strafbar."

Hierin ist die Person, gegenüber welcher falsche Thatsachen für wahr ausgegeben werden, gar nicht bezeichnet, vielmehr ist nur ausgesprochen, daß zum Betrug Benachtheiligung der Rechte eines Andern erforderlich sey. Nicht einmal das ist ausdrücklich darin enthalten, daß der Täuschende dieselbe Person benachtheiligen will, welche sofort als benachtheiligt erscheint, indem die Fassung nur objektiv dahin lautet, daß er zum Nachtheile der Rechte eines Anderen wissentlich falsche Thatsachen für wahr ausgibt.

Mag auch der Gesetzgeber durchaus von der Identität des Getäuschten und Benachtheiligten, als dem gewöhnlichen Falle, ausgegangen seyn, die Beschränkung des Betrugs auf diesen Fall ist weder in den von ihm gebrauchten Worten gelegen, noch seine hierauf gerichtete Absicht sonst nachweisbar.

Für den Ausschluß von letzterer spricht namentlich die Begriffsbestimmung der Unterschlagung in Art. 344:

„wer sich eine fremde bewegliche Sache, die er in seinem Besitze hat, widerrechtlich zueignet ꝛc."

Nach dieser ist die Annahme von Unterschlagung regel-

mäßig[17] ausgeschlossen, wenn bei der Besitzergreifung selbst bereits die auf Zueignung der Sache gerichtete Absicht vorlag, wenn somit nicht die Erlangung des Besitzes als solchen, der faktischen Innehabung allein beabsichtigt ist, vielmehr diese nur als Mittel dienen soll, die Substanz der Sache sich zuzuwenden.

Sind aber die Strafbestimmungen über Unterschlagung nicht anwendbar, so würden bedeutende Lücken in der Gesetzgebung entstehen, indem bei einem Theile der oben erwähnten Fälle (abgesehen von einer etwaigen Fälschung einer Privaturkunde) gar keine Strafe stattfinden könnte.

Wenn Köstlin deßhalb eine Erweiterung der Annahme von Unterschlagung verlangt, so ist eben die Frage, ob diese Erweiterung nicht mit gutem Grunde unterlassen wurde und führt dieses wieder auf die allgemeine Erörterung zurück.

Hier ist allerdings Unterschlagung dann anzunehmen, wenn nur der Besitz durch Täuschung erlangt werden wollte, und die auf Zueignung der Sache gerichtete Absicht nach Erlangung des Besitzes gefaßt worden ist, während es an einem innern Grunde dafür fehlt, diesem den Fall gleich zu behandeln, wo bereits bei der durch Täuschung erlangten Einräumung des Besitzes die auf Zueignung gerichtete Absicht vorlag.

Es liegt hiernach vom Standpunkt des württ. Strafgesetzbuchs durchaus kein Hinderniß vor, in Beziehung auf beide Fragen der hier vertheidigten Ansicht zu folgen.

In Beziehung auf drei Fragen, welche mit der hier erörterten in näherer Beziehung stehen, nämlich

1) in wie weit neben Erlangung eines Vermögensvortheils auch die Hervorrufung eines Vermögensnachtheils zum Betrug erforderlich ist;

---

[17] Bei der Fundunterschlagung kann auf Aneignung gerichtete Absicht bei der Besitz-Ergreifung vorliegen, ohne daß die Annahme von Unterschlagung ausgeschlossen ist. Das Gleiche ist nach 1. möglich, sofern das bloße Verschweigen des Mangels des animus se obligandi nicht zur Annahme von Betrug genügt.

2) ob strafbarer Betrug auch bei Täuschungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten möglich ist;

3) in wie weit Konkurrenz von Unterschlagung und Betrug vorliegt, wenn nach stattgehabter Zueignung fremder Gegenstände Täuschungen gegenüber von den zu ihnen Berechtigten stattfinden, wobei der wahre Sachverhalt z. B. durch einen Mandatar so entstellt wird, daß ein Anspruch des Berechtigten als gar nicht mehr bestehend vorgegeben wird,

ist sich nur auf Andeutungen zu beschränken.

Zu 1) ist im Fall der Bejahung, für welche die Fassung des Art. 351 des württ. Strafgesetzbuchs spricht, auch die Erschleichung des Meisterrechts, die Amtserschleichung durch Betrug nur dann strafbar, wenn zugleich eine Vermögensbenachtheiligung stattfindet, was in der Erlangung des Vermögensvortheils noch nicht liegt, da bei einem durchaus Würdigen, bei der freien Wahl des Orts der Erlangung des Meisterrechts, noch nicht nothwendig Beschädigung hiemit gegeben ist.

Zu 2) ist wohl zu unterscheiden: die disciplinäre Strafbarkeit von Lügen im Civilprozesse — welche auch dann noch begründet seyn wird, wenn das Abläugnen von Thatsachen wider besseres Wissen für die Gegenpartei den Nachtheil einer ihr vielleicht nicht möglichen Beweisführung herbeiführt — und die Annahme von strafbarem Betrug, wozu das wissentliche Vorbringen von unwahren Thatsachen in solcher Weise gehört, daß dasselbe auf den Richter bestimmend zu entsprechender Auffassung des Sachverhalts gewirkt und eine der Gegenpartei nachtheilige Entscheidung herbeigeführt hat. Hiezu wird regelmäßig der Gebrauch falscher Beweismittel oder ächter Beweismittel gegen die bei ihrer Fertigung obwaltende Intention nöthig seyn, weil nur Beweismittel auf den Richter in der Art einwirken können, daß er *Thatsachen als wahr* annimmt. Wird, wie vielfach jedenfalls in den neueren Gesetzgebungen, der *falsche* Gebrauch einer *ächten* Urkunde nicht als Fälschung aufgefaßt,

so ist leicht kriminelle Strafbarkeit sonst gar nicht möglich und auch bei Fälschung, meineidigem Zeugniß ꝛc. die Berücksichtigung des Moments der Benachtheiligung nicht thunlich.[18]

Getäuscht ist auch in den letzten Fällen häufig nicht die Gegenpartei, deren eigene Handlungen in Frage stehen können; allein der richterliche Ausspruch ist eine Erklärung über das, was Rechtens zwischen den Parteien auch in Folge des vorliegenden Beweismaterials ist, und kann deßhalb selbst durch die Entstellung der Wahrheit in solcher Weise ein Zwang für das Erkenntnißvermögen der Gegenpartei in der Richtung gegeben seyn, daß sie sich sagen mußte, diese Entstellung der Wahrheit werde nach Maßgabe des bestehenden Rechts eine überzeugende Wirkung haben. Das richterliche Urtheil ist daher, ähnlich den oben angeführten Digestenstellen, gleich einem Anerkenntniß, daß nach der Sachlage nur diese Entscheidung möglich ist.

Es liegt hierin ein Mißbrauch des Instituts des Civilprozesses, wodurch das Bestehen aller und jeder Rechtsordnung aufgehoben ist; zugleich erscheint hiebei der Widerspruch der Gegenpartei, an welcher das Vorbringen als unwahr dargestellt wird, als rechtlich durchaus unerheblich und ist auch hiemit die Nichtbeachtung des Moments des Mangels einer Täuschung dieser gerechtfertigt. Hiedurch ist auch die Annahme höherer Strafbarkeit, beziehungsweise der Vollendung bei Eintritt des Vermögensnachtheils begründet.

Zu 3) Ist die Verwendung der fremden Gegenstände im eigenen Nutzen oder die Zueignung derselben bereits erfolgt und findet nachträglich Verheimlichung des Empfangs der Gegenstände überhaupt statt, so liegt hierin regelmäßig kein weiteres Verbrechen. Es kann aber auch, indem der

[18] Zu vergl. Köstlin, Zeitschr. für Civil-R. u. Prozeß **XIV.** S. 342 ff. Abhandlungen S. 149 ff. u. außer den dort Angeführten: Heuser, Entsch. des O.-App.-Ger. zu Kassel **VI.** S. 393 u. die nicht ganz richtige Entscheidung **VI.** S. 551.

Mandatar z. B. Cessionen von Forderungen des Mandanten gegen Gewährung von Nachlaß fingirt und nunmehr das etwa für den Mandanten bereits durch Beitreibung der Forderung eingenommene Geld sich aneignet, oder die Forderung beitreibt, das Verbrechen des Betrugs allein als vorliegend zu betrachten seyn, indem er durch seine Vorspiegelungen den Mandanten zum Aufgeben jedes Anspruchs an die Forderung selbst bestimmt.[19]

---

6) Zum Verfahren bei Kompetenzkonflikten, insbesondere in Fiskalprozessen.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Ein Kompetenzkonflikt zwischen dem Civil- und Administrativrichter, welcher von dem Staatsoberhaupt auf die gutächtliche Aeußerung des Geheimeraths durch eine von dem verantwortlichen Minister zu kontrasignirende Verfügung gelöst wird, ist dann vorhanden, wenn die Justiz- und Verwaltungsbehörden[1] ihre Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung einer von einem Dritten anhängig gemachten Streitsache behaupten oder wenn jede der beiden Behörden die Sache als nicht zu ihrem Geschäftskreis gehörig von sich abweist.[2]

---

[19] Zu vergl. Heuser, Entsch. des O.-App.-Ger. zu Kassel II. S. 329.

[1] Ein durch das Staatsoberhaupt zu entscheidender Kompetenzkonflikt zwischen dem Strafrichter und der Polizeibehörde kann nach Art. 15 der Strafprozeßordnung nicht erhoben werden. Eine andere Frage ist, ob nicht ein solcher zwischen dem Strafrichter und der Forstbehörde möglich ist, wofür die allgemeine Fassung des §. 59 Ziff. 3 der Verf.-Urk. zu sprechen scheint. Ebenso ist ein durch das Staatsoberhaupt zu entscheidender Kompetenzkonflikt zwischen dem Civilsenat und dem Pupillensenat denkbar.

[2] Berner-Schäfer, Württ. Civilprozeß S. 87 u. f. Hufnagel, Mittheilungen I. S. 452. Scheurlen, Civilprozeß Bd. I. S. 93 u. f.

Ein Kompetenzkonflikt ist daher nicht vorhanden, solange noch nicht zwei Behörden das Recht der Verhandlung und Entscheidung der streitigen Sache gegenseitig in Anspruch nehmen oder solche von sich abweisen.[3]

Anschließend an diesen allgemein als richtig anerkannten Satz wird das Verfahren bei Kompetenzkonflikten auf Grund eines Geheimerathsgutachtens vom 6. Oktober 1821 in Beziehung auf Fiskalprozeße von Berner-Schäfer[4] in folgender Weise dargestellt:

Wenn eine Fiskalbehörde die Einlassung auf eine wider sie vorgebrachte Klage wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte verweigern zu sollen glaubt, so hat sie hievon dem Finanzministerium motivirte Anzeige zu machen. Das Gericht aber hat, auf die ihm gemachte motivirte Anzeige von den gegen seine Kompetenz entstandenen Bedenken, das weitere gerichtliche Verfahren einstweilen einzustellen, wobei es ihm überlassen bleibt, ob es dem Justizministerium vorläufig Bericht erstatten will. Hierauf wird das Finanzministerium, sofern es sich nicht veranlaßt sieht, der Finanzbehörde die Einlassung auf die Klage aufzugeben, vor Allem mit dem Justizministerium in Kommunikation treten. Wenn das letztere die Bedenken des ersteren gegen die Zuständigkeit des Gerichts theilt oder dasselbe nicht bestimmen kann, seine Einwendung hiegegen aufzugeben, soll der Fall des wirklichen Kompetenzkonflikts vorhanden seyn. Gleichwohl wird unmittelbar vorher unter Anführung eines Beschlusses des Kön. Geheimeraths vom 12. Juli 1848 unter Nro. 4 dieser Darstellung der Satz aufgestellt, daß, wenn das Justizministerium keinen Grund zu Erhebung eines Kompetenzkonflikts nach geschehener Kommunikation mit dem Finanzministerium finde, dem Einzelnen (einer Prozeßpartei)

---

[3] Hufnagel, a. a. O. S. 458.

[4] a. a. O. S. 89 und 90.

kein Rechtsanspruch gegenüber jener Behörde zustehe, zu verlangen, daß sie in seinem Interesse einen Konflikt erhebe. Vielmehr bleibe ihm nur übrig, gegen die Zuständigkeitserklärung einer Stelle mit dem geeigneten Rechtsmittel an die derselben vorgesetzte höhere Behörde sich zu wenden.

Diese Darstellung gibt zu verschiedenen Bedenken Veranlaßung. Aus dem zuletzt angeführten Grundsatze folgt unzweifelhaft, daß, wenn das Gericht sich gegen den Widerspruch der Prozeßpartei, also auch gegen den vom Finanzministerium in Vertretung des Fiskus erhobenen Widerspruch für zuständig erklärt, dem Finanzministerium beziehungsweise der mit Vertretung des Fiskus betrauten Behörde Nichts übrig bleibe, als sich an den höheren Richter im Wege der Berufung gegen die Kompetenzerklärung zu wenden. Hiemit steht aber nicht im Einklang, daß, wie unmittelbar zuvor gesagt ist, das Gericht, im Fall seine Kompetenz von dem Finanzministerium bestritten würde, das weitere Verfahren einzustellen habe, sowie daß, was später gesagt wird, im Fall das Finanzministerium in Uebereinstimmung mit dem Justizministerium, aber im Widerspruch mit der Ansicht des Gerichts auf der Inkompetenzbehauptung beharre, ein Kompetenzkonflikt vorliege. Ferner entsteht das Bedenken, ob es nicht mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte im Widerspruch steht, dieselben zu verpflichten, das prozessualische Verfahren im Fall eines Widerspruchs gegen ihre Kompetenz von Seiten der Vertreter des Fiskus zu sistiren, überhaupt die Entscheidung über die Kompetenz den Gerichten zu entziehen, wenn diese nur von den Vertretern des Fiskus, also der Partei, und nicht von einer andern (Administrativ-) Gerichtsbehörde bestritten ist.

Es bedarf hienach diese Darstllung einer Berichtigung, wozu ein neueres a. a. O. nicht erwähntes Gehei-

merathspräjudiz, dessen Veröffentlichung erwünscht seyn wird, Veranlaßung gibt.

Wenn die Finanzbehörden, in letzter Linie das Finanzministerium die Zuständigkeit des Civilgerichts bestreiten, so kann dieß, worauf schon Hufnagel[5] aufmerksam gemacht hat, aus zwei Gründen geschehen. Entweder behauptet die Finanzbehörde, daß die Regierungsbehörden zu Entscheidung des in Frage stehenden Streits zuständig seyen oder sie vindicirt sich selbst die Administrativgerichtsbarkeit in der betreffenden Sache. Im letzteren, übrigens bei dem beschränkten Umfang dieser Administrativgerichtsbarkeit der Finanzbehörden höchst seltenen Fall, liegt allerdings unzweifelhaft ein wirklicher Kompetenzkonflikt vor. In diesem Fall ist also das Finanzministerium nach den allgemeinen Grundsätzen befugt, den Kompetenzkonflikt zu erheben und es tritt einfach das a. a. O. S. 88 und 89 dargestellte Verfahren ein. Die Nothwendigkeit, den Kompetenzkonflikt durch Verfügung des Staatsoberhaupts zur Entscheidung zu bringen, ist in diesem Fall sogleich mit der Einwendung der von dem Finanzministerium hiezu ermächtigten Finanzbehörde gegeben und es kann also das Gericht vor dieser Entscheidung nicht weiter verhandeln.[6]

Anders verhält es sich aber in dem häufigeren und fast die Regel bildenden Fall, wenn die Finanzbehörde oder das Finanzministerium die Kompetenz des Gerichts aus dem Grund bestreitet, weil sie die Regierungsbehörde (Oberamt, Kreisregierung, Ministerium des Innern) für zuständig erachtet. In diesem Fall, an welchen auch bei Berner-Schäfer a. a. O. vorzüglich gedacht zu seyn scheint, handelt die Finanzbehörde nur in ihrer Eigenschaft als Vertreterin des Fiskus als juristischer

[5] a. a. O. S. 459.

[6] Dieß folgt analog aus den unten zur Erörterung kommenden Justizministerial-Verfügungen vom 6. Dez. 1827 und 28. Jan. 1831.

Person. Sie steht daher dem Richter nur als Partei gegenüber und es ergibt sich hieraus nach den im Eingang angeführten Grundsätzen, daß in diesem Fall ein Kompetenzkonflikt noch nicht vorliegt, so lange nicht das Ministerium des Innern die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit der Regiminalbehörden im Widerspruch mit der Ansicht des Gerichtes behauptet hat. Hieraus folgt, daß der Richter zunächst selbstständig über seine Kompetenz zu entscheiden hat und daß die Finanzbehörde, ebenso wie die Privatpartei, welche sich im Falle der Bejahung oder Verneinung der Kompetenz für beschwert erachtet, nur den Weg der Beschwerde, oder je nach Umständen der Berufung an den höheren Richter betreten kann.[7] Weiter ergibt sich hieraus, daß in diesem Fall, wegen des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Gerichte das Justizministerium in keiner Weise auch nicht durch Erhebung eines Kompetenzkonflikts im Widerspruch mit der Ansicht des Gerichts in die Kompetenzfrage eingreifen und daß von der Nothwendigkeit für den Civilrichter, den Prozeß zu sistiren oder an das Justizministerium zu berichten, nicht gesprochen werden kann.

Diese Grundsätze, welche dem schon oben angeführten Geheimerathsbeschluß vom 12. Juli 1848 zu Grund

---

[7] In Uebereinstimmung hiemit steht schon eine Entsch. des Obertribunals vom 5. Juni 1826 in Sache des Registrators Heller gegen die Staatskassenverwaltung. Jener hatte bei dem Gerichtshof eine Klage auf Entschädigung gegen die Staatskassenverwaltung erhoben, diese aber die Einlassung unter dem Bemerken verweigert, daß sie die Zuständigkeit der Civilgerichte in dieser Sache nicht anerkenne, indem nur die Administrativbehörde kompetent seye. Der G.-Hof zu Eßlingen war nun der Ansicht, daß hier ein Kompetenzkonflikt vorliege; das Obertribunal gab aber am 5. Juni 1826 demselben zu erkennen, daß durch die Weigerung der bekl. Partei, hier der Staatskassenverwaltung, noch kein Kompetenzkonflikt entstehe, vielmehr die gesetzliche Vorschrift über das Verfahren im Falle des Ungehorsams einer Partei in Anwendung zu bringen seyen, wonach sich der G.-Hof in diesem und künftigen Fällen zu achten habe. K.

lagen, sind wiederholt durch Beschluß des K. Geheimeraths vom 14. Oktober 1854 in Sachen der Staatsfinanzverwaltung gegen Müller K. von d. N. OAmts. G. ausgesprochen worden. Der Beschluß lautet:

1) Eine Kompetenzstreitigkeit im Sinne des §. 59 Z. 3 der Verfassungsurkunde ist nur alsdann vorhanden, wenn sich eine Gerichts- und Verwaltungsstelle darüber streiten, welche von ihnen beiden zur Verhandlung und Entscheidung im einzelnen Fall zuständig sey, mithin nicht auch dann, wenn eine vor dem Civilrichter belangte Finanzverwaltungsbehörde die Einlassung auf die Klage aus dem Grund verweigert, daß nicht die Gerichte, sondern die Regiminalstellen zuständig seyen. Vielmehr fällt dieses Vorbringen unter die Kategorie der gerichtsablehnenden Einreden des Civilprozesses, über welche der Richter selbst zu erkennen hat und gegen deren Verwerfung die Finanzverwaltung als Partei, wie andere Privatparteien im Instanzenweg vor den Gerichten Beschwerde erheben mag, wenn es ihr nicht etwa

2) gelingt, eine Entscheidung des Königs in Gemäßheit des §. 59 der Verfassungsurkunde dadurch herbeizuführen, daß sie die Regiminalstelle, welche sie für zuständig hält, dazu bestimmt, daß diese wirklich ihre Zuständigkeit gegenüber von den Gerichten in Anspruch nimmt.

3) Ehe der Konflikt zur Vorlegung an Seine Königliche Majestät reif ist, bedarf es in jedem Fall einer beistimmenden Erklärung des Ministerium des Innern, und dieses letztere Ministerium, nicht dasjenige der Finanzen ist es, von welchem das betreffende Anbringen an den König auszugehen hat.

Dieser speziellen Erörterung erlaube ich mir noch einige Bemerkungen über die Voraussetzungen überhaupt anzureihen, unter welchen ein Kompetenzkonflikt zu seiner Lösung der Entscheidung durch das Staatsoberhaupt zu unterbreiten ist. Allgemein angenommen ist, daß zwar

alle Mittel zur Lösung desselben auf anderem Wege erschöpft seyn müssen, wobei in der Regel auf Verhandlungen zwischen den Ministerien hingewiesen wird. Hiebei ist aber vor allen Dingen nicht außer Acht zu lassen, daß das Justizministerium vermöge des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Gerichte außer Vorstellungen, welche aber immerhin eine bedenkliche Seite haben, kein Mittel in der Hand hat, eine von dem Gericht ausgesprochene Ansicht über seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit zu modifiziren.[8] Das Justizministerium kann daher zunächst nur die Ansicht des Gerichts vertreten und ist nicht in der Lage, das Gericht, welches seine Unzuständigkeit behauptet, zu Anerkennung seiner Zuständigkeit zu zwingen oder umgekehrt, auch wenn dasselbe in keiner Weise dessen Ansicht theilt. Anders ist dieß bei den Regierungsbehörden. Das Administrativgerichtsverfahren kennt, so sehr es sich auch in neuerer Zeit an die Grundsätze des Civilprozesses anschließt, den Grundsatz der Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichte nicht und es kann daher, zumal das Ministerium des Innern selbst eine höhere Instanz bildet, keine Administrativjustizbehörde im Widerspruch mit dessen Ansicht ihre Kompetenz oder Inkompetenz behaupten. Hieraus folgt, daß die Aufgabe des Justizministeriums, wenn der Versuch mißlungen ist, das Gericht durch Vorstellungen zu einer andern Ueberzeugung zu bestimmen, bei den Verhandlungen zur Beseitigung eines bestehenden Kompetenzkonflikts keine andere seyn kann, als das Ministerium des Innern zur Annahme der von dem Civilgericht angenommenen Thesis zu bestimmen. Gelingt dieß, so ist der Konflikt beseitigt, da alsdann das Ministerium des Innern einfach die nöthige Weisung an die ihm untergebenen Instanzen ergehen lassen wird. Gelingt es aber nicht, sey es, weil das Justizministerium selbst die

---

[8] Vergl. Bd. III. dieser Zeitschrift S. 247 u. f.

Ansicht des Ministerium des Innern theilt und deßhalb die widersprechende Ansicht des Gerichts nicht gegenüber dem Ministerium des Innern vertheidigt, sey es weil das Ministerium des Innern ungeachtet seiner Erinnerungen auf seiner Ansicht beharrt, so fragt es sich, ob alsdann unter allen Umständen die Sache zur Entscheidung durch das Staatsoberhaupt reif ist, ohne daß die Parteien ihre Thätigkeit zu Herbeiführung einer Entscheidung über die Kompetenzfrage fortzusetzen hätten.

Man kann hiebei zwischen negativen und positiven Kompetenzkonflikten unterscheiden. Bei den ersten hat Hufnagel[9] die aufgeworfene Frage dahin entschieden, daß einer Partei, welcher durch den negativen Kompetenzkonflikt die Rechtshilfe verweigert wird, Nichts übrig bleibt, als zunächst im Beschwerdeweg alle Instanzen bei dem Civilgericht bis zu dem Obertribunal, bei den Administrativgerichten bis zum Geheimerath zu durchlaufen, ehe überhaupt die Voraussetzung vorhanden ist, unter welcher die Entscheidung des Staatsoberhaupts einzuholen ist. Es wird sich hiegegen eine Einwendung nicht erheben lassen. Denn es ist nicht denkbar, daß Justiz oder Verwaltung von Amtswegen diese höchste Entscheidung einleite, ehe die Partei alle Instanzen erschöpft hat, da die Gerichtsstelle überhaupt nicht von Amtswegen thätig seyn kann, die Administrativbehörde aber eben damit, daß sie ihre Unzuständigkeit behauptet, ausspricht, daß das öffentliche Interesse bei der vorliegenden Streitsache nicht betheiligt ist. Es fehlt also an jedem Grund zur Thätigkeit von Amtswegen. Daß aber, wenn die Instanzen sämmtlich von der Partei selbst erschöpft sind, die Partei ein Recht darauf hat, das Anbringen an das Staatsoberhaupt zu verlangen, weil sie ohne dasselbe rechtlos wäre, ist von Hufnagel gezeigt und wird keinem Zweifel unterliegen. Wenn jedoch Hufnagel a. a. O. davon spricht, daß

[9] a. a. O. S. 466.

dem Anbringen auch in diesem Fall der Versuch, durch Verhandlungen der Ministerien eine Verständigung herbeizuführen, voranzugehen habe, so wird dieß kaum richtig seyn. Das Justizministerium hat wie schon bemerkt wegen des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Gerichte kein Mittel in der Hand, eine von dem Gericht ausgesprochene Ansicht über seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit im einzelnen Falle zu modifiziren. Das Ministerium des Innern dagegen, auch wenn es sich mit der von dem Justizministerium vertretenen Ansicht des Gerichts durch die Verhandlungen schließlich konformiren sollte, hat keinen Einfluß auf die Entscheidung des Geheimenraths.

Ehe aber der Geheimerath entschieden hat, sind nicht alle Mittel zur Ausgleichung des Konflikts erschöpft, wobei nicht außer Acht zu lassen ist, daß das Rekursgesetz vom 13. November 1855 das Beschwerderecht gegen Inkompetenzerklärungen nicht beschränkt hat und daß mithin in allen Fällen wegen Inkompetenzerklärungen im Wege der einfachen Beschwerde der Geheimerath angerufen werden kann.

Es ist also ein Erfolg von Verhandlungen der Ministerien zur Beseitigung des im konkreten Fall entstandenen negativen Kompetenzkonflikts überhaupt nicht zu erwarten, daher derselbe unmittelbar nach, aber auch nur nach Erschöpfung aller Civil- und Administrativinstanzen sofort zum Anbringen an das Staatsoberhaupt reif ist. Ob endlich, was Hufnagel a. a. O. voraussetzt, die höchste Entscheidung auch von Amtswegen ohne den Antrag einer Partei eingeholt werden kann, wird von den einzelnen Umständen abhängen. Der Fall kann von der Art seyn, daß er keine allgemeine Seite darbietet. In diesem Fall wird sich kein Ministerium veranlaßt sehen, die Frage von Amtswegen zur Entscheidung zu bringen. Wenn jedoch das öffentliche Interesse die Entscheidung wünschenswerth macht, wird eine Thätigkeit der Ministerien von Amtswegen eintreten.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wann im Falle des positiven Kompetenzkonflikts alle Mittel zu dessen Beseitigung als erschöpft zu betrachten seyen.

Ausgegangen von dem Gesichtspunkte der Parteienrechte, könnte man sagen, daß insolange, als nicht alle Instanzen auch hier von der Partei erschöpft seyen, die Nothwendigkeit einer Entscheidung des Staatsoberhaupts nicht vorliege. Denn, wenn sich z. B. ein Oberamtsgericht im Widerspruch mit der Ansicht des Beklagten und des Oberamts für zuständig erklärt, so folgt hieraus nicht, daß diese Ansicht das Obertribunal oder der Geheimerath theilt, und es hat also eine jede Partei ein Mittel in der Hand, ihre Einrede der Inkompetenz im Wege der Beschwerde zu vertheidigen. Selbst dann, wenn die Sache schon von der Verwaltungsbehörde verhandelt ist, würde den Beklagten nichts hindern, im Wege der Beschwerde an den höheren Richter seine Einrede der Inkompetenz des Civilgerichts zu verfolgen, während umgekehrt der Kläger, welcher die Kompetenz des Civilgerichts und damit die Inkompetenz des Administrativgerichts behauptet, im Wege der Richtigkeitsbeschwerde gegen die Entscheidung des letzteren die Sache zu jeder Zeit an den Königlichen Geheimerath bringen kann.

Man könnte hienach zu der Ansicht kommen, daß die Voraussetzungen eines durch das Staatsoberhaupt zu schlichtenden positiven Kompetenzkonflikts nur dann vorliegen, wenn alle zuläßigen Instanzen der Civil- und Administrativgerichtsbarkeit durchlaufen sind und das Resultat der höchstinstanzlichen Entscheidungen die Beanspruchung der Sache für den Civil- und Administrativrichter ist.

Allein die Betrachtung, daß auf diese Weise von einer Gerichts- und von einer Administrativjustizbehörde in einer und derselben Sache Erkenntniße gefällt werden könnten, welche einander geradezu aufheben, rechtfertigt den Grundsatz, daß ein das weitere Verfahren sowohl des Civil- als des Administrativgerichts hemmender Kompetenz-

konflikt vorliegt, wenn auch nur in erster Instanz das Gericht seine Kompetenz in einer Sache behauptet, für welche das Ministerium des Innern auf den von dem Oberamt oder der Kreisregierung an dasselbe erstatteten Bericht die Zuständigkeit für die Verwaltungsbehörden gleichfalls in Anspruch genommen hat. Dieser Grundsatz ist durch die Erlasse des K. Justizministeriums vom 6. Dezember 1827 und vom 28. Januar 1831 [10] ausgesprochen.

Hienach ist zwar anerkannt, daß den Gerichten vermöge ihrer verfassungsmäßigen Unabhängigkeit die Befugniß zusteht, bei Bestreitung der gerichtlichen Kompetenz, namentlich durch die betheiligte Administrativstelle, zunächst — und so lange nicht der Gegenstand in den durch §. 59 der Verfassungsurkunde vorgezeichneten Weg eingeleitet, so lange mithin nicht nachgewiesen ist, daß der Kompetenzkonflikt durch Erstattung des Vortrags hierüber an Seine Königliche Majestät in Höchst Ihrem Auftrage wirklich erhoben worden sey — über ihre Zuständigkeit selbstständig zu erkennen und bis zu Einlangung dieser Nachweisung selbstständig fortzuhandeln. Dagegen soll — wenn die Verwaltungsstellen innerhalb ihres gesetzlichen Wirkungskreises über Rechtsverhältnisse entschieden haben, nachdem die Betheiligten ihre Beschwerden durch alle Administrativinstanzen hindurch verfolgt hatten und wenn die Gerichte auf Anrufen sich für zuständig halten — ein Kompetenzkonflikt bereits vorhanden und daher die Befugniß des Gerichtes darauf beschränkt seyn, jene Ansicht durch Anbringen an das Justizministerium geltend zu machen und die verfassungsmäßige Erledigung des hiedurch erhobenen Kompetenzstreits zu gewärtigen.

Hiemit sind folgende Sätze zur Anerkennung gebracht:

1) Es hindert Nichts, den Kompetenzkonflikt an das Staatsoberhaupt zu bringen, wenn auch nur die erste Civilinstanz (das Oberamtsgericht) ihre Zuständigkeit im

---

[10] Bei Berner IV. Edikt S 397 und 399.

Widerspruch mit der Ansicht des Ministeriums des Innern ausgesprochen hat. Immer aber setzt dieß ein Anrufen des Civilrichters durch eine Partei voraus, da ohne ein solches der Civilrichter überhaupt nicht in die Lage kommen kann, sich über seine Zuständigkeit auszusprechen.

2) Nicht einmal die Anrufung der Administrativ-Behörde überhaupt durch eine Partei ist die Voraussetzung, da die Thätigkeit der Administrativbehörden von Amtswegen auch in solchen Fällen eintreten kann, welche sich im weitern Lauf zu Parteistreitigkeiten entwikeln.

3) Die Thätigkeit des Civilgerichts, in welcher Instanz sich auch die Sache befinden mag, ist zu sistiren, sobald der Kompetenzkonflikt durch Anbringen an das Staatsoberhaupt wirklich erhoben ist.

4) Außerdem liegt ein, die Thätigkeit des Civilgerichts hemmender Kompetenzkonflikt auch schon dann vor, wenn die Verwaltungsstellen entschieden haben. Doch scheint hier nach den Worten „nachdem die Betheiligten ihre Beschwerden durch alle Administrativinstanzen hindurch verfolgt haben", immerhin vorausgesetzt zu seyn, daß die formelle Zuständigkeit von der höchsten Administrativinstanz, jedenfalls von dem Ministerium des Innern bereits ausgesprochen ist.

Diese Vorschriften stellen sich nicht auf den Standpunkt der Partei, sondern der Behörden und dieß ist ganz konsequent in Fällen, in welchen die Administrativbehörden von Amtswegen thätig werden, indem sie ihre Kompetenz im öffentlichen Interesse in Anspruch nehmen, wenn es sich z. B. um Regulirung der Benützung öffentlicher Wasser handelt. In diesen Fällen kann es folgerichtig nicht der Thätigkeit der Parteien überlassen werden, ob sie die Sache in die höchste civilgerichtliche Instanz zum Zweck der Beseitigung der Einmischung des Civilrichters bringen wollen und da der Verwaltungsbehörde kein Beschwerderecht zusteht, so muß, sobald sich überhaupt ein Civilgericht und wäre es auch die erste Instanz im Widerspruch

mit der Verwaltungsbehörde für zuständig erklärt hat, dem Ministerium des Innern die Erhebung des Kompetenzkonflikts anheimgegeben werden.

Ebensowohl aber ist es möglich, daß die Verwaltungsbehörde keine Veranlassung hat, ihre Kompetenz zu beanspruchen, ohne von einer Partei angerufen zu seyn. Dieß ist der Fall, wenn zwar öffentliche Rechte, aber nicht das öffentliche Interesse in Frage stehen, z. B. wenn es gewiß ist, daß eine bestimmte Wassernutzung dem A. und B. zusteht und nur darüber Streit ist, wie diese bestimmte Wassernutzung zwischen A. und B. zu vertheilen ist, wenn ferner gewisse aus dem Markungsrecht fließende Rechte von zwei Gemeinden beansprucht werden, wenn die Unterhaltungspflicht eines öffentlichen Nachbarschaftswegs, dessen Nothwendigkeit feststeht, bestritten ist, bei den neuestens wieder vielfach erörterten Gewerbelehrverträgen u. s. f. In diesen Fällen ist es für das öffentliche Interesse gleichgiltig, zu wessen Gunsten entschieden wird und die Verwaltungsbehörde wird sich daher ohne Anrufen einer betheiligten Partei nicht in die Sache mischen.

Wenn sie aber einmal angerufen ist und sich im Widerspruch mit der Ansicht des gleichfalls von der andern Partei angerufenen Gerichts für zuständig erklärt hat, so ist es wiederum das öffentliche Interesse, welches sowohl das Gericht als auch die Verwaltungsbehörde je von ihrem Standpunkt aus bestimmen muß, auch ohne Rücksicht auf eine Thätigkeit der Partei die Verhandlung und Entscheidung der Sache sich selbst zu wahren und hieraus folgt die Nothwendigkeit der Erhebung eines Kompetenzkonflikts und der Sistirung des weiteren Verfahrens auch in dem Fall, wenn es denkbar wäre, den Widerspruch durch eine Beschwerde der Partei an den höheren Richter, beziehungsweise an den Geheimenrath zur Lösung zu bringen.

Eine weitere Frage, über welche man in den bisher bekannt gewordenen Erörterungen über Kompetenzkonflikte keinen Aufschluß findet, ist die, ob die einzuholende Ent-

scheidung des Staatsoberhaupts auf den einzelnen Fall beschränkt ist, oder ob auf diesem Wege auch ein von den Gerichten und Administrativbehörden zu befolgender allgemeiner Grundsatz aufgestellt werden kann. Aus Veranlassung einer Bekanntmachung des Königl. Justizministeriums vom 10. Februar 1846, betreffend die Kompetenz für das Erkenntniß über Entmündigung von geisteskranken Personen wurde diese Frage dem ständischen Ausschuß in seinem Rechenschafts-Bericht vom 4. Januar 1847 (Ref. die Abgeordneten Duvernoy und v. Scheurlen) angeregt. Das Königl. Justizministerium hatte in der erwähnten Bekanntmachung die Entscheidung, daß für das Erkenntniß über eine solche Entmündigung die Gerichte ausschließlich als zuständig zu erachten seyen, „zur Nachachtung zur öffentlichen Kenntniß gebracht.“ Der ständische Ausschuß fand bei den Worten „zur Nachachtung“ insoferne Bedenken, als hiedurch der Entscheidung eines einzelnen Kompetenzkonflikts im Wege des §. 59 der Verfassungsurkunde der Charakter einer allgemeinen rechtsverbindlichen Norm auch für die Gerichte gegeben worden sey, welche über ihre Kompetenz in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe des geltenden Rechts selbst zu erkennen haben. Auf eine deßhalb an das Justizministerium gestellte Anfrage rechtfertigte dasselbe in einer Note vom 16. Juni 1846 die Bekanntmachung mit Berufung auf die Zweckmäßigkeit, auf eine Reihe ähnlicher Vorgänge, und auf die allgemeine Fassung des §. 59, Z. 3 der Verfassungsurkunde, indem zugleich der Einwendung, daß die Gerichte vermöge des Grundsatzes der Unabhängigkeit ihre Kompetenz selbst zu prüfen haben, mit der Bemerkung entgegengetreten wurde, daß dieser Satz gerade in den Fällen eines Kompetenzkonfliktes nicht Platz greifen könne. Der ständische Ausschuß dagegen beharrte in ausführlicher Motivirung auf seinem Bedenken.

Daß in dem Fall, wenn sich bei Gelegenheit eines Kompetenzkonfliktes das Bedürfniß näherer Bestimmungen zu

Vollstreckung und Handhabung bestehender Gesetze herausstellt, dieß im Weg einer Königlichen Verordnung geschehen kann, erkennt auch der Rechenschaftsbericht des ständischen Ausschusses an. Immer also kann auf diesem Wege mit der Entscheidung des Kompetenzkonflikts und veranlaßt durch dieselbe eine allgemeine Vorschrift erlassen werden, sofern dieß im Weg einer Königl. Verordnung geschieht. Darüber, wann dieselbe ohne Zustimmung der Stände erlassen werden kann und in wie weit auch der Civilrichter vermöge seines Rechts und seiner Pflicht, die Gesetzeskraft einer Verfügung zu prüfen, hieran gebunden ist, entscheiden lediglich die allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätze. Die Erlassung einer solchen Verordnung hat nichts Besonderes; sie beruht und kann nicht beruhen auf dem §. 59, sondern nur auf dem §. 89 der Verfassungsurkunde.

Zu unterscheiden hievon ist aber eine aus §. 59 folgende höchste Entschließung zur Lösung eines Kompetenzkonflikts. Diese ist ihrer Natur nach zunächst auf den einzelnen Fall gerichtet. Die Intention des Staatsoberhaupts geht nicht dahin, eine allgemeine Norm auszusprechen, denn sonst würde sich diese höchste Entschließung von selbst die Form einer Königl. Verordnung geben. Die Intention und der Zweck ist nur, für einen konkreten Streit die Möglichkeit einer Entscheidung dadurch herbeizuführen, daß eine Behörde hiefür bestimmt wird, an welcher es vor Lösung des Kompetenzkonflikts fehlte. Es widerspricht also ihrem Begriff und Wesen, sofern es der Intention des beschließenden Staatsoberhaupts zuwider ist, wenn ein Ministerium dieselbe ohne Auftrag des Staatsoberhaupts, wodurch sie zur Verordnung würde, zur Nachachtung, d. h. als eine zu befolgende Rechtsnorm veröffentlicht. Hierin allein scheint dem Verfasser der Grund zu liegen, aus welchem die aufgeworfene Frage dahin zu beantworten ist, daß die Entscheidung eines Kompetenzkonflikts durch das Staatsoberhaupt auf den

einzelnen Fall beschränkt ist. Dieser, soviel dem Verfasser bekannt ist, auch von dem Obertribunal stets festgehaltene Grundsatz hat nicht nur eine formelle, sondern auch eine sehr einleuchtende materielle Bedeutung. Das Recht der Verordnung ist nach §. 88 der Verfassungsurkunde insoweit beschränkt, als hiedurch ohne Zustimmung der Stände kein Gesetz gegeben, abgeändert, aufgehoben oder authentisch erklärt werden kann. Hierin liegt eine Schranke der Verordnungsgewalt, welche in gleicher Weise für die Entscheidung eines Kompetenzkonflikts durch das Staatsoberhaupt insofern nicht besteht, als eine solche verfassungsmäßig zu geben ist, selbst wenn es an einer maßgebenden gesetzlichen Bestimmung gänzlich fehlen sollte und an welche die Behörden, Gerichte, wie Verwaltungsbehörden unbedingt gebunden sind. Es ist also durch den §. 59 Z. 3 der Verfassungsurkunde dem Staatsoberhaupt für sich eine ganz exceptionelle Gesetzgebungsgewalt eingeräumt. Um so gewisser folgt aber auch aus der Regel des §. 88, daß sie auf den einzelnen Fall beschränkt ist und um so leichter ist es denkbar, daß das Staatsoberhaupt zwar eine Entscheidung des Kompetenzkonflikts für den einzelnen Fall, nicht aber eine allgemeine Norm im Wege der Königl. Verordnung zu geben, verfassugsmäßig in der Lage ist.

---

7) Zur Frage von der Zuständigkeit zur Entscheidung von Ansprüchen aus dem Gewerbelehrvertrag.

a) Die neueste Entscheidung des Obertribunals vom 21. Juni 1860.

(Mitgetheilt von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Daß das Obertribunal auf der am 15. März 1859 von demselben ausgesprochenen[1] Ansicht der Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung von Ansprüchen aus

[1] Bd. 3 dieses Archivs S. 111 ff.

dem Gewerbelehrvertrag auch in einer weiteren Entscheidung vom 21. Juni 1860 beharrt hat, ist bereits kurz mitgetheilt,[2] ein Abdruck der dieser Entscheidung unterlegten Gründe aber im Hinblick auf die vorangegangene Veröffentlichung der Gründe des älteren Erkenntnisses vorläufig unterlassen worden. Da jedoch die Gründe der neueren Entscheidung, wenn sie auch im Wesentlichen mit denjenigen der älteren Entscheidung zusammentreffen, diese neben weiterer Entwicklung und Ergänzung doch auch theilweise modifiziren, und überdieß mit der Widerlegung der der Ansicht des Obertribunals entgegengehaltenen Gründe und Bedenken sich beschäftigen, so sollen, mehrseitigem Wunsche entsprechend, auch die Gründe des neueren Obertribunalerkenntnisses in Folgendem mitgetheilt werden. Dieselben gehen dahin:

Das Obertribunal, welches erstmals durch den am 15. März 1859 zur Entscheidung gekommenen Rechtsfall Gelegenheit erhielt, sich über die Frage von der Zuständigkeit der Behörden bei Streitigkeiten der fraglichen Art auszusprechen, konnte sich, in der Ueberzeugung, daß die Entscheidung der K. Oberregierung vom 18. April 1844 mit der Absicht des Gesetzgebers im Widerspruch stehe, durch die ihr folgende Praxis, gleichviel welche Ausdehnung solche gewonnen haben mochte, nicht abhalten lassen, die als die richtige erkannte Willensmeinung des Gesetzes in Geltung zu setzen,[3] und zwar um so weniger, als überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit für die Zuständigkeit der Administrativbehörden sprechen und daher auch in den Gesetzgebungen anderer Staaten, selbst bis in die neueste Zeit und auch da, wo Gewerbefreiheit eingeführt wurde, die Kompetenz in ähnlicher Weise geordnet worden ist.

---

[2] Ebendas. Bd. 4. S. 187 ff.

[3] Die Entscheidungsgründe berufen sich hiefür beispielsweise auf des Gen.-Reskr. vom 28. Sept. 1740 bei Gerstlacher, Sammlung I. S. 177 ff. Reyscher, Gerichtsgesetze Bd. 3. S. 446.

Um die bei der Auslegung der Gewerbeordnung im Sinn der älteren Praxis leitenden Erwägungen in Kürze zu erwähnen, so wurde in Betracht gezogen, daß die Gewerbeordnung es sich zur besondern Aufgabe gemacht hat, für das Rechtsverhältniß zwischen Meister und Lehrling und dessen vorzeitige Auflösung einfache durchschlagende Entscheidungsnormen festzusetzen, wornach die, bei diesen meist höchst einfachen Streitsachen in der Regel den Hauptpunkt der Entscheidung bildende, Bemessung der Entschädigung im Gesetz ihre festen Anhaltspunkte und die Grenzlinien findet, innerhalb welcher das sachkundige billige Ermessen sich zu bewegen hat, so daß in der Regel die Thätigkeit der erkennenden Behörde bei Entscheidung solcher Streitfälle hauptsächlich in der gehörigen sachkundigen Beachtung der Handwerksordnung und Gebräuche, der hergebrachten Disziplin, der eigenthümlichen technischen Verhältnisse und der bestehenden polizeilichen Einrichtungen in dem einzelnen Lehrverhältniß zu bestehen haben wird.

Aehnliche Bestimmungen, sichtlich nach dem Vorgang der württembergischen Gewerbeordnung, enthält denn auch z. B. das bayerische Gewerberecht, indem zugleich unmittelbar zu dem betreffenden Abschnitt die Distriktspolizeibehörde als der zuständige Richter über Entschädigungsstreitigkeiten wegen einseitiger Auflösung des Lehrvertrags ausdrücklich bezeichnet wurde.

Die württembergische Gewerbeordnung spricht sich nun zwar ebenso direkt und allgemein über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in der fraglichen Beziehung nicht aus, wie dieß in der ebengedachten Verordnung geschehen ist und wie die Gewerbeordnung es z. B. in Art. 9. bezüglich eines andern, gleichfalls in das Privatrecht einschlagenden Rechtsverhältnisses passender Weise gethan hat. Wohl aber erhellt insbesondere aus der Hinweisung des Art. 24 Ziff. 3 auf die Art. 86 Ziff. 6 und Art. 161 der Gewerbeordnung die dießfällige Willensmeinung des Ge-

setzes. Wenn man auch ohne diese Hinweisung Anstand zu nehmen hätte, die allgemeine Bestimmung des Art. 161 über die Kompetenz der Verwaltungsstellen in Absicht auf Streitigkeiten über Gewerbsgegenstände, die sich auf den Sinn und die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung beziehen, wegen der angehängten Klausel des Vorbehalts des Rechtswegs für privatrechtliche Ansprüche hieher in Anwendung zu bringen, so zeigt doch eben jene ausdrückliche Bezugnahme des Art. 24 auf den Art 161, zumal wenn die Umständlichkeit, sowie die Art und Weise berücksichtigt wird, wie das Lehrvertragsverhältniß in den fraglichen Beziehungen in der Gewerbeordnung (Art 18 ff.) geregelt worden ist, zur Genüge, daß der Gesetzgeber die gedachte Kompetenzbestimmung mit den in dem Abschnitt „Von den Zunftgenossen, ihren Klassen und Rechten" über die Gewerbelehrverträge und die Normirung der Entschädigungsansprüche bei deren Auflösung getroffenen Bestimmungen in Wechselbeziehung gesetzt haben wollte.

Dort (in Art. 24) nämlich ist der spezielle Fall, wenn die Betheiligten sich über die Bemessung des bisher durch verlängerte Lehrzeit vertretenen Lehrgelds, als der Grundlage für die Bemessung einer Entschädigung wegen vorzeitiger Auflösung der Lehre, nicht einigen, vorgesehen und bestimmt worden, daß der streitige Betrag zunächst durch friedensgerichtlichen Ausspruch des Zunftvorstandes, eventuell durch das Ermessen der zuständigen Verwaltungsstelle (Art 161) oder wie sich die Gewerbeordnung von 1828 Art. 24 ausdrückte: durch das Ermessen der entscheidenden obrigkeitlichen Behörde festzusetzen sey.

Aus dieser Bestimmung und der Hinweisung auf Art. 161, um dieß hier beiläufig zu bemerken, ergibt sich zugleich die Unhaltbarkeit der Behauptung in dem angeführten Präjudiz der K. Oberregierung vom 18. April 1844 unter Z. 2, daß der Sprachgebrauch entgegen sey, Streitigkeiten über Gewerbelehrverträge unter Streitigkeiten über Gewerbsgegenstände zu begreifen.

Will man nun den erwähnten Fall des Art. 24 nicht als blos ausnahmsweise an die Entscheidung der Verwaltungsjustizbehörde verwiesen ansehen, wofür weder irgend ein annehmbarer Grund geltend gemacht werden konnte, noch irgend eine Andeutung im Gesetze zu finden ist, so stellt sich die Hinweisung auf die Art. 86 Z. 6 und Art. 161 einfach als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes von der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde in Handhabung der Normen über Entschädigung wegen Aufhebung von Lehrverträgen überhaupt auf jenen im Art. 24 besonders besprochenen Fall dar.

Dieß findet seine Bestätigung in den landständischen Verhandlungen vom Jahr 1835, wonach man es damals als ausgemachten Rechtens betrachtete, daß über Streitigkeiten dieser Art überhaupt die Verwaltungsbehörden zu entscheiden haben.

Hierüber hat sich der Referent mit der landständischen Kommission zu Begutachtung des Entwurfs einer Revision der Gewerbeordnung von 1828 nicht blos beiläufig bei der mündlichen Berathung, sondern auch in seinem der Kammer Namens der Kommission erstatteten schriftlichen Berichte unzweideutig ausgesprochen, ohne daß in der Kammer oder von Seiten des Vertreters der Regierung irgend ein Zweifel dagegen in Anregung gekommen wäre, (eine Bestätigung dieser Thatsache ist vielmehr aus S. 59 Bd. I. der landständischen Verhandlungen von 1835 zu entnehmen) und dieses Zeugniß ist um so gewichtiger, als gerade jener von den landständischen Kommissionen für die Begutachtung der beiden Gewerbeordnungen ausersehene Berichterstatter ein vieljähriger erfahrener Regiminalbeamter und Vorstand einer Kreisregierung war, in welchen Eigenschaften er mit dem bestehenden Rechte und seiner Anwendung in der Praxis ohne Zweifel auf das Genaueste vertraut war (s. Kammerverhandlungen von 1835 Bd. I. 48 IV. S. 620). Einen weiteren Beleg für die Auffassung des Gewerbegesetzes in diesem Sinn liefert die mit K. Genehmigung

über die Anwendung der Gewerbeordnung von 1836 erlassene Instruktion vom 12. Oktober 1837 §. 28 (Reg.-Bl. S. 496), indem daselbst unter Bezugnahme auf Art. 161 der Gewerbeordnung wiederum eine besondere Gattung von Interesseforderungen aus dem Lehrvertragsverhältniß als der Entscheidung durch die Regiminalbehörde anheimfallend bezeichnet wird. Der Einwand, daß diese Instruktion keine Gesetzeskraft habe, besagt hieher lediglich nichts; es handelt sich davon, daß man bei der K. Regierung in dem Zeitpunkt, wo sie eben erst das Gesetz mit den Ständen verabschiedet hatte und ihre Belehrung über dessen Anwendung an die Behörden erließ, ein richtiges Verständniß des Sinnes und der Tragweite der fraglichen Kompetenzbestimmung voraussetzen darf, und daß ihre damalige Auslegung vor späteren entgegengesetzten Interpretationsversuchen im Zweifel den Vorzug verdient.

Zu diesen sich gegenseitig unterstützenden Argumenten kommt noch die Erwägung, daß die aus älteren Handwerksordnungen in das Gesetz herübergenommene Bestimmung des Art. 18, wonach der ausgetretene Lehrling, bevor seine Entschädigungsverbindlichkeit bereinigt sey, in keine andere Lehre desselben Gewerbs aufgenommen werden dürfe, in vielen Fällen schweres Unrecht über einen Lehrling, der mit Grund eine angesonnene Entschädigung verweigert, verhängen würde, wofern der Streit hierüber nicht in schleunigem Verfahren, namentlich unter Einengung des Beschwerderechts in kurze Fristen, wie sie die Gewerbeordnung Art. 162 festsetzt, seine Erledigung fände, sondern in dem umständlichen gerichtlichen Verfahren mit seinen geräumigen Fristen zum Austrag zu bringen wäre.

Die Unterstellung, welche mit den Motiven zu Art. 164 der Gewerbeordnung von 1828 (Art. 161 der revidirten Gewerbeordnung von 1836) — wonach an den bestehenden Grundsätzen über die Grenzen der Kompetenz der Behörden nichts geändert werden wollte, — in Verbindung gesetzt wird, als

wären bis dahin die Civilgerichte zur Entscheidung der in Frage stehenden Streitigkeiten zuständig gewesen, entbehrt jeder Begründung und wenn in dem Vorgang von einem andern Gerichtshof der Lt. W. C. Christlieb[4] in seiner Ausgabe von Weisser's Recht der Handwerker als Gewährsmann für diese Unterstellung angeführt wird, so enthalten die angeführten Stellen nur eigene Reflexionen desselben über die Anwendung der Bestimmungen des IV. Edikts von 1818 und des Verwaltungsedikts von 1822 auf das Gewerbewesen, aber keinerlei Belege aus der Praxis für jene Unterstellung.

Namentlich ist es verfehlt, eine Zuständigkeit der Civilgerichte im heutigen Sinn für die Zeit vor der Gewerbeordnung von 1828 mit den Bestimmungen der Reichspolizeiordnung von 1530 und der ihr folgenden Reichsschlüsse und landesherrlichen Verordnungen in Betreff der Zuweisung der früheren Jurisdiktion der Zünfte in Handwerkssachen und darunter der Streitigkeiten der Zunftgenossen (Meister, Gesellen und Lehrlinge) unter sich an die Obrigkeit oder „an die Gerichte", beweisen zu wollen, da es sich hiebei zunächst nur von dem Gegensatz der landesherrlichen Jurisdiktionsbefugnisse gegenüber der Jurisdiktion der Zünfte handelte, die Trennung der Administrativ- und Civiljustizverwaltung bekanntlich aber erst der neueren Zeit vorbehalten war, insbesondere in Württemberg die Magistrate und Ortsgerichte mit ihrer eigenthümlichen Organisation für die Schlichtung von Handwerksstreitigkeiten wesentlich den Charakter von Polizeibehörden hatten.

Nicht minder gewagt erscheint es, in derselben Richtung geradezu die Unterstellung geltend zu machen, daß die Gesetzgebungspolitik und die Maximen der Rechtsverwaltung in älterer Zeit von den gleichen Begriffen über die Stellung

---

[4] Bezüglich des Werths der Arbeiten dieses Schriftstellers überhaupt wurde sich auf das Urtheil von Wächter und Mohl in des Ersteren württ. Priv.-R. Bd. 1 S. 1071 Note 1 und in der Tübinger krit. Zeitschr. Bd. 6 S. 87. 129. 386 bezogen.

der fraglichen Rechtsverhältnisse im Rechtssystem, als reiner Privatrechtssachen, wie sie sich in der heutigen Doktrin entwickelt haben, ausgegangen seyn und solche zur Richtschnur bei Feststellung des Ressorts der Behörden genommen haben müssen.

Dagegen trug man kein Bedenken, in den anläßlich der neuen Organisation der Regierungsbehörden (V. Edikt vom 18. November 1817) ergangenen Instruktionen für die Regierungsbehörden (K. Verordnung vom 21. Dezbr. 1819, Instruktion vom 28. Juni 1823), wonach die Handhabung der Gesetze über Gewerbe und Handwerker und die Entscheidung über Gewerbs- und Handwerksstreitigkeiten ganz allgemein zum Ressort der Regiminalbehörden gezählt wurde, einen Beweis dafür zu finden, daß die Funktionen der älteren, nach Maßgabe der Landesordnung und der Handwerksordnungen organisirten Gewerbegerichte an die neuen Regierungsbehörden, analog den Einrichtungen in Nachbarstaaten und dem in Absicht auf Gesindestreitigkeiten bestehenden Herkommen, übergegangen waren.

Wenn auch hier die Einwendung wiederkehrt, daß Verordnungen aus der Zeit nach Einführung der Verfassung keine Gesetzeskraft haben, so paßt solche hieher ebensowenig, als auf die Anwendung, welche nach dem Obigen von der Vollziehungsinstruktion zu der Gewerbeordnung gemacht worden ist, sofern die gedachten Verordnungen, den Geschäftskreis der Regierungsbehörden betreffend, lediglich als Belege für den vor der Gewerbeordnung thatsächlich bestehenden Zustand der Rechtsanschauungen und der Geschäftsbehandlung zu benützen waren, und es hiernach für überflüssig erachtet werden konnte, die Praxis jener Zeit auf andere umständlichere Weise nachzuweisen.

Der einzige scheinbare Zweifel gegen die Zuständigkeit der Verwaltungsstellen in der vorliegenden Frage entspringt aus der allgemeinen in Art. 161 enthaltenen Clausel des Vorbehalts des Rechtswegs für privatrechtliche Ansprüche.

Allein so gewiß nach allgemeinen Auslegungsregeln eine

Bestimmung, welche die Entscheidung über ein an sich privatrechtliches Streitverhältniß mit ausdrücklichen Worten den Polizeigerichten zuweist (Art. 9 der Gewerbeordnung), von jener allgemeinen Clausel nicht getroffen werden kann, ebenso hat man es als Ausnahme von der allgemeinen Regel aufrecht zu erhalten, wenn die gleiche Willensmeinung des Gesetzgebers in Absicht auf ein weiteres, wenn auch theoretisch der Privatrechtssphäre zugehöriges, Rechtsverhältniß auf andere Weise erhellt; was nach Obigem bei den Entschädigungsansprüchen aus Gewerbelehrverträgen der Fall ist.

Ueberdieß ist es in hohem Grade wahrscheinlich, daß zur Zeit der Erlassung der Gewerbeordnungen das Rechtsverhältniß zwischen Handwerksmeister und Lehrknaben, als mit dem Zunftkorporationsverbande im engsten Zusammenhange stehend und als ein vorwiegend polizeiliches, überhaupt nicht unter die eigentlichen Privatrechtssachen gerechnet wurde.

Das Obertribunal hat somit dabei stehen zu bleiben, daß nach dem Gewerbegesetz Streitigkeiten über Entschädigungsansprüche aus Gewerbelehrverträgen durch die Verwaltungsjustizbehörden zu entscheiden seyen.

b) Bemerkungen zu der früheren Mittheilung in diesem Archive Bd. 3, S. 93 ff.

(Von Herrn Consistorialpräsidenten von Köstlin.)

Bei der Entscheidung des Ministeriums des Innern vom 18. April 1844, von welcher die Schwankungen der Praxis in der vorliegenden Frage ausgingen, scheint demselben das Bewußtseyn der Gesichtspunkte, welche von den gesetzgebenden Faktoren und vor Allem von dem Ministerium selbst einerseits den Bestimmungen der Gewerbe-Ordnung über die Verhältnisse zwischen dem Gewerbelehrmeister und dem Lehrling (Rev. Gew.-Ordnung Art. 14—26), andererseits dem Art. 161 des Gesetzes unterlegt wurden, ziemlich abhanden gekommen zu seyn, während in den Entscheidungen einer der Abfassung des Gesetzes fremd gebliebenen Gerichtsbehörde, näm-

lich des K. Obertribunals vom 15. März 1859 und 21. Juni 1860, diese Gesichtspunkte wieder klar hervortreten.

Ein gewerbepolizeiliches Gesetz gibt über ein seinem Wesen nach privatrechtliches Verhältniß, über das Verhältniß zwischen dem Gewerbeinhaber und dem von ihm auf den Grund des Vertrags zur Erlernung des Gewerbes in seine Werkstätte aufgenommenen Lehrling, Bestimmungen, welche nicht etwa blos eine polizeiliche Beaufsichtigung dieses Verhältnisses zum Gegenstand haben, sondern die aus ihm fließenden Rechte und Pflichten in, wie es scheint, rein privatrechtlichen Beziehungen ordnen. Gehen wir indeß genauer auf diese Bestimmungen ein, so finden wir, daß es in der Hauptsache die einseitige Lösung des Verhältnisses ist, womit sie sich beschäftigen, indem sie einmal unter gewissen Voraussetzungen jedem Theil das Recht zu einer solchen einseitigen Lösung einräumen und dann die Folgen einer unberechtigten einseitigen Lösung bezeichnen. In letzterer Beziehung war es nöthig, auch für die Vertheilung des in einer einfachen Summe festgesetzten Lehrgelds über die einzelnen Abschnitte der festgesetzten Lehrzeit eine Regel zu geben (Art. 16). Nach den Gründen nun, aus welchen das Polizeigesetz diese Seite des Verhältnisses zwischen Lehrmeister und Lehrling näher ordnete, brauchen wir nicht lange zu suchen, sie liegen in der Natur der Sache und sind auch in den Motiven, mit welchen der Entwurf der Gewerbeordnung von der Regierung auf dem Landtag von 1826/27 eingebracht wurde,[1] ausgesprochen. Nicht die rechtsbegriffliche Entwicklung des Verhältnisses, sondern das öffentliche Interesse einer zweckmäßigen Regulirung des praktischen Gewerbeunterrichts bildet dabei die vorherrschende Rücksicht. Der den Schlendrian begünstigende Mechanismus einer gesetzlich vorgeschriebenen Dauer der Lehrzeit wird aufgehoben (Art. 14) und das Erforderliche vorgesehen, daß, ohne dem Verhältniß zwischen Lehrmeister und Lehrling die nöthige Stätigkeit zu entziehen

---

[1] Verh. d. K. d. A. v. 1826/27 Heft 2 S. 427—436.

und seinen Bestand rein von der Laune und Willkür der einen oder der andern Partei abhängig zu machen, doch sowohl der Lehrling als der Lehrmeister das Verhältniß einseitig lösen kann, ohne deßhalb, wenn eine Verschuldung des andern Theils oder der dem Verhältniß unterliegende Bildungszweck die Lösung rechtfertigt, erst noch Opfer bringen zu müssen, oder wenn solche Rechtfertigungsgründe nicht vorhanden oder nicht nachweisbar sind, sich ungemessenen Entschädigungsforderungen und langen kostspieligen prozessualischen Streitigkeiten über dieselben auszusetzen. In dieser erleichterten einseitigen Lösbarkeit des Verhältnisses sucht das Gesetz nicht nur ein Correctiv für die Mißgriffe, die so leicht und in so mannigfachen Beziehungen bei der Wahl des Lehrmeisters und des Lehrlings gemacht werden können, und für die Täuschungen, denen man dabei ausgesetzt ist, sondern auch eine Garantie dafür, daß jeder Theil um so mehr beflissen sey, durch Erfüllung der ihm von dem Zweck des Verhältnisses aufgelegten Pflichten einer unwillkommenen Lösung zu begegnen, indem es zugleich dieser Garantie in der von Staatswegen vorzunehmenden Prüfung der Lehrlinge, deren Anordnung es der Regierung anheim gibt (Art. 26), eine weitere hinzufügt.

Die Schule für die gewöhnliche Gewerbeerlernung kann vermöge der Natur unserer bestehenden Verhältnisse der Regel nach nur in der einzelnen Meisterwerkstätte gemacht werden. Mit den im Interesse der Gewerbebildung begründeten Anordnungen für diese Schule beschäftigt sich das betreffende Kapitel der Gewerbeordnung, wobei es mit seinen Bestimmungen an die Stelle der mannigfachen, in den einzelnen Handwerksordnungen und in der Bauordnung enthaltenen Vorschriften über den gleichen Gegenstand tritt, welche nunmehr vermöge der Schlußklausel zu der ersten Redaktion der allgemeinen Gewerbeordnung vom 22. April 1828 außer Wirkung gesetzt sind und welchen im Allgemeinen der Vorwurf einer einseitigen Begünstigung der Interessen des Lehrmeisters mit Grund gemacht werden konnte.

Kann hienach bezweifelt werden, daß der Gesetzgeber die Bestimmungen dieses Kapitels der Gewerbeordnung nicht als privatrechtliche, sondern als polizeirechtliche betrachtet habe, als polizeirechtliche in demselben Sinn, in welchem die durch sie ersetzten Bestimmungen der einzelnen Handwerksordnungen dafür angesehen waren und in welchem den Statuten einer öffentlichen Unterrichtsanstalt über die Bedingungen des Ein- und Austritts der Schüler wohl von Jedermann der polizeirechtliche Charakter zugestanden werden wird?

Bliebe noch ein Zweifel übrig, so würde er eben durch den Inhalt des Art. 161 des Gesetzes, über welchen der Streit entstanden ist, gelöst. Denn hier bezeichnet der Gesetzgeber ganz allgemein und ohne Ausnahme die Bestimmungen der Gewerbeordnung, also auch die des Abschnitt 2 Kap. 2, als solche, über deren Sinn und Anwendung bei deßhalb entstandenem Streit die Verwaltungsstelle ebenso wie über Sinn und Anwendung anderer polizeilicher Bestimmungen zu entscheiden habe. Die Frage, ob der vor Ablauf der vertragsmäßig bestimmten Lehrzeit ausgetretene Lehrling der Schule seines Lehrmeisters mit oder ohne einen durch Bestimmung und Zweck der Schule gerechtfertigten Grund verlassen, oder ob der Lehrmeister den Gewerbelehrling mit oder ohne einen solchen Grund vor jenem Zeitpunkt aus der Schule entfernt habe, und welche Folgen in Hinsicht auf Lehrgeldsentrichtung und Entschädigungsleistung an den Austritt oder die Entfernung je nach dem Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn eines Rechtfertigungsgrundes in Gemäßheit der Bestimmungen der Gewerbeordnung sich knüpfen, diese Fragen sind von dem Gesetzgeber zum Gebiet der Polizeigerichtsbarkeit gerechnet und an einer dieses rechtfertigenden Beziehung zu unsern öffentlich rechtlichen Einrichtungen fehlt es bei ihnen so wenig, als bei den rechtlichen Bedingungen und Folgen des Eintritts in die Volksschule und des Austritts aus derselben.

Der Zwischensatz „unter Vorbehalt des Rechtswegs für privatrechtliche Ansprüche" kann nur zu Bestätigung des Vorgesagten dienen, da er privatrechtliche, dem Erkenntniß des Civilrichters unterliegende Ansprüche in ein gegensätzliches Verhältniß mit Ansprüchen stellt, die aus einer Bestimmung der Gewerbeordnung abgeleitet werden. Nur eine ganz gezwungene und zugleich die Umsicht und Redaktionskunst des Gesetzgebers in ein klägliches Licht stellende Auslegung kann behaupten, der Gesetzgeber habe mit diesem Zwischensatz den Hauptsatz einschränken, er habe andeuten wollen, nicht alle Bestimmungen der Gewerbeordnung eignen sich bei einem über ihren Sinn und ihre Anwendung entstehenden Streit für das Forum der Verwaltungsjustiz, es seyen darunter Bestimmungen von privatrechtlicher Natur, über deren Sinn und Anwendung im Streitfall der Civilrichter zu entscheiden habe. Wäre dieses die Intention des Gesetzgebers gewesen, so hätte er dieselbe nicht ungeschickter und nachläßiger ausdrücken können, denn alsdann mußte er die Einschränkung dem Hauptsatz einverleiben, er durfte diesen nicht so ganz allgemein und uneingeschränkt auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung, sondern mußte ihn auf die nicht dem Gebiet des Privatrechts angehörigen Bestimmungen dieses Gesetzes beziehen und damit die Aufstellung sicherer Anhaltspunkte für die Unterscheidung zwischen den privatrechtlichen und nicht privatrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes verbinden. So aber, wie seine Fassung lautet, ergibt sich ganz klar und einfach aus ihr der Sinn, daß durch die Verweisung der Streitigkeiten, welche sich auf den Sinn und die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung beziehen, vor das administrativrichterliche Forum die Betretung des ordentlichen Rechtswegs für bestrittene Ansprüche, die nicht auf eine Bestimmung dieses Gesetzes, sondern auf privatrechtliche Titel gegründet werden, nicht ausgeschlossen sey.

Es ist von selbst klar, daß aus den Verhältnissen,

mit denen es die Gewerbeordnung zu thun hat, namentlich aus dem Verhältnisse zwischen Lehrmeister und Lehrling, zwischen Meister und Gesellen, zwischen verschiedenen zünftigen Gewerben, zwischen einem zünftigen Gewerbe und dem fabrikmäßigen Betreiber desselben Gewerbes, mannigfache Rechte und Verbindlichkeiten sich ergeben können, für welche die Gewerbeordnung keine Bestimmung getroffen hat und für welche lediglich privatrechtliche Grundsätze die Beurtheilungsquelle bilden. Die Bestimmungen der Gewerbeordnung selbst aber über Rechte und Verbindlichkeiten sind im Allgemeinen solche, welche durch privatrechtliche Transaktionen für den einzelnen Fall und die einzelnen Parteien modifizirt werden können. Eine dießfällige bestimmte Begränzung ist allerdings in dem Gesetz zu vermissen. Aber wenn einzelne Bestimmungen desselben, wie z. B. die der Art. 20 und 22 und die einseitige Lösbarkeit des Lehrvertrags überhaupt, ohne Zweifel als solche zu betrachten sind, welche durch die Uebereinkunft der Parteien nicht geändert werden können, weil der ganze Charakter der von dem Gesetz gewollten Institution dadurch alterirt würde, wenn ferner der von der gesetzlichen Bestimmung abweichende Privatwille immer nur im Verhältniß der einzelnen Person zur einzelnen Person sich geltend machen kann, so darf innerhalb dieser Schranke die Modifizirbarkeit der von der Gewerbeordnung festgesetzten Rechte und Verbindlichkeiten durch Privatübereinkunft wohl als Regel betrachtet werden. So kann z. B. sicherlich der einzelne Kaufmann gegen einzelne Handwerker oder Fabrikanten abweichend von der Bestimmung des Art. 108 sich verpflichten, mit den Fabrikaten ihres Gewerbes gar nicht, oder nur soweit sie aus bestimmten einzelnen Werkstätten hervorgegangen sind, zu handeln, ebenso kann auf die im Art. 71 festgesetzten Befreiungen vom Zunftzwang von einzelnen Befreiten zu Gunsten Zunftberechtigter verzichtet werden, der Patentinhaber kann ohne auf das Patent

im Allgemeinen zu verzichten, der in Art. 142 festgesetzten Wirkung desselben zu Gunsten Einzelner entsagen, auf die Erfüllung der in Art 35 festgesetzten Verbindlichkeit des Gesellen kann von dem Meister verzichtet werden. Und so ist es auch nicht zu bezweifeln, daß zwischen dem Lehrmeister und Lehrling für den Fall einseitiger unberechtigter Lösung des Verhältnisses andere, als die in den Art. 19, 21. 24. 25. festgesetzten Entschädigungsbestimmungen verabredet werden können.

Hier zeigt sich also nach zwei Richtungen hin ein weites Feld, auf welchem der Vorbehalt des Art. 161 Anwendung findet. Und zwar wird nach der Verschiedenheit dieser Richtungen der Vorbehalt in zweierlei Art zur Anwendung kommen. Betrifft der Streit einen Gegenstand, der zwar mit den in der Gewerbeordnung behandelten Verhältnissen zusammenhängt, über den aber dieses Gesetz gar nichts bestimmt hat, z. B. besondere Unterrichtsstunden in Hilfsfächern oder besondere Vakanzen, die der Meister dem Lehrling oder Gesellen zugesagt haben soll, oder Vergütung von Beschädigungen, die der Meister durch Fahrläßigkeit des Lehrlings oder Gesellen im Arbeiten erlitten zu haben behauptet, so wird ihn die Verwaltungsstelle von Anfang an (unbeschadet der Bestimmung des Art. 86 Z. 6 der Gewerbeordnung) von sich ab an den Civilrichter verweisen. Handelt es sich dagegen von Fällen, für welche die Gewerbeordnung Vorsehung getroffen hat, so wird die Verwaltungsstelle über den vorliegenden Anspruch nach den Bestimmungen des Gewerbegesetzes, sofern nemlich die Auslegung oder Anwendung dieser Bestimmungen mit in den Streit gezogen ist, zu entscheiden und der Partei vorzubehalten haben, die von ihr auf besondere Privatsrechtstitel, also namentlich auf eine besondere, die gesetzliche Regel modifizirende Verabredung gegründeten Ansprüche vor dem Civilrichter geltend zu machen. Polizeilich wird auf solche Art der Streit mit der Einfachheit und Raschheit, welche das

Polizeigesetz in dem von ihm zu wahrenden Interesse des Gewerbefleißes und der Gewerbebildung fordert, ausgetragen und namentlich im Fall des einseitigen Austrittes eines Lehrlings aus der Lehre einer nachtheiligen längeren Hemmung begegnet, welche der Fortgang seiner Ausbildung für das Gewerbe durch die Bestimmung des Art. 18 der Gewerbeordnung erleiden könnte, ohne daß die nicht auf die Bestimmungen des Polizeigesetzes sondern auf privatrechtliche Titel gegründeten Ansprüche der einen oder andern Partei ein Präjudiz zu erfahren haben.

c) Einige weitere Bemerkungen.

(Von Oberjustizrath Dr Kübel.)

Die Beantwortung der streitigen Kompetenzfrage hängt von der Auslegung des Art. 161 der revid. Gewerbeordnung von 1836 ab, indem nur hierauf die Zuständigkeit der Administrativjustizstellen für die an sich dem privatrechtlichen Gebiete angehörigen Ansprüche der fraglichen Art gegründet werden kann. Es kommt Alles darauf an, ob sich annehmen läßt, daß der Art. 161 die civilrichterliche Kompetenz für dießfalls entstehende Streitigkeiten ausgeschlossen und die Entscheidung den Verwaltungsjustizstellen zugewiesen habe. In der ersten Zeit nach dem Erscheinen des Gesetzes scheint dies in der Praxis, wenn auch nicht ohne Widerspruch, doch ziemlich allgemein angenommen worden zu seyn. Seit der entgegengesetzten Entscheidung des Ministeriums des Innern vom 18. April 1849 hatte dagegen die verneinende Meinung, nachdem das anfängliche Widerstreben einzelner Bezirksgerichte von den Gerichtshöfen übereinstimmend bekämpft worden, bald allgemeine Anerkennung bei den Gerichten gefunden, und es bestand diesfalls bis zu der Obertribunalentscheidung vom 15. März 1859 eine unangefochtene konstante Gerichtspraxis. Nun bildet zwar die Praxis, wie lange sie auch bestehen mag, keine bindende Rechtsnorm, und es muß dieselbe im Fall der Ueberzeugung von ihrer Unrichtigkeit dem wahren Sinn des Gesetzes weichen. Hat daher

der Richter nach vorangegangener Prüfung sich wirklich überzeugt, daß die von der Praxis angenommene Auslegung eines Gesetzes falsch ist, so ist derselbe nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die bisherige Praxis zu verlassen, und der von ihm gewonnenen Ueberzeugung von dem wahren Inhalt des Gesetzes zu folgen. Insoweit muß dem im Eingang der oben mitgetheilten Obertribunalentscheidung Gesagten entschieden beigepflichtet werden. Allein hat die Praxis auch nicht die Kraft eines Gesetzes, so bleibt sie doch immer eine bedeutende Auctorität, und bei Erklärung der Gesetze ein wichtiges faktisches Moment, und so lange daher die Unrichtigkeit der von der Praxis angenommenen Auslegung eines Gesetzes nicht außer Zweifel gestellt ist, wird man allen Grund haben, schon im Interesse der Rechtssicherheit an derselben festzuhalten und insoweit der bestehenden Praxis ein entscheidendes Gewicht einzuräumen. Diese Erwägung war es, welche mich bei Mittheilung der ersten Entscheidung des Obertribunals in diesem Archiv zu dem Ausspruch des Zweifels veranlaßte,[1] ob genügende und überwiegende Gründe vorgelegen, von einer so langjährigen konstanten und mit der Ansicht des Ministeriums des Innern übereinstimmenden Praxis der Gerichte abzugehen. Es schien mir dieser Zweifel nicht unberechtigt, so eingehend und gründlich auch die Kompetenzfrage von dem Obertribunal gewürdigt worden, und noch jetzt scheint mir, so wenig ich die Zweifelhaftigkeit der Frage zu verkennen und das Gewicht der Gründe des Obertribunals, sowie die Bedeutung der oben mitgetheilten werthvollen Bemerkungen des früheren Herrn Ministerialreferenten zu unterschätzen gemeint bin, daß die von der Praxis bis daher angenommene Auslegung des Gesetzes sich vertheidigen läßt, und mindestens ein zwingender Grund nicht vorlag, von derselben abzugehen.

Zwar ist in den oben mitgetheilten Entscheidungsgründen des Obertribunals vorangestellt, daß man sich um so weniger

---

[1] Bd. 3 S. 121.

habe abhalten lassen können, die bisherige Praxis zu verlassen, als auch überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit für die Zuständigkeit der Administrativbehörden sprechen. Allein wenn gleich anzuerkennen ist, daß der aus dem Art. 18 der Gewerbeordnung entnommene Grund für thunlichste Beschleunigung des Verfahrens über Entschädigungsansprüche des Lehrherrn wegen vorzeitigen Austritts des Lehrlings aus der Lehre spricht, so kann diesem Grund an sich, abgesehen davon, daß die wünschenswerthe Beschleunigung bei der regelmäßigen Geringfügigkeit der Ansprüche in den meisten Fällen auch beim gerichtlichen Verfahren ermöglicht seyn wird, für die Auslegung ein Gewicht nicht zukommen, zumal über die Frage der Zweckmäßigkeit sich immer wird streiten lassen, wie denn auch das Ministerium des Innern gleichfalls Rücksichten der Zweckmäßigkeit gerade umgekehrt für seine Ansicht geltend gemacht hat (Bd. 3, S. 104). Die entscheidende Frage wird stets bleiben, was die Absicht des Gesetzgebers bei Erlassung der fraglichen Gesetzesbestimmung gewesen und ob diese Absicht einen Ausdruck in dem Gesetz gefunden hat.

Für die Auslegung der bisherigen Praxis sprechen meines Erachtens zumeist die Worte des Gesetzes. Zwar verweist der Art. 161 Streitigkeiten über Gewerbegegenstände, die sich auf den Sinn und die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung beziehen, an die Verwaltungsbehörden; allein nur unter ausdrücklichem Vorbehalt des Rechtswegs für privatrechtliche Ansprüche. In diesem Vorbehalt finde ich mit dem Ministerium des Innern den Ausspruch, daß auch Streitigkeiten über Gewerbegegenstände, bei denen es sich um die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung handelt, in dem Falle der civilrichterlichen Kognition unterliegen sollen, wenn die streitigen Ansprüche privatrechtlicher Natur sind. Nicht nur führt meines Erachtens schon die äußere Verbindung, in welche der Vorbehalt zu der Kompetenzbestimmung des Artikels gesetzt ist, zu der Annahme, daß letztere durch jenen beschränkt werden

sollte, sondern es kommt weiter in Betracht, daß im Art. 161 überhaupt nur von Streitigkeiten über Gewerbsgegenstände, die sich auf den Sinn und die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung oder anderer polizeilichen und administrativen Bestimmungen beziehen, die Rede und nur bezüglich dieser eine Verweisung vor den Administrativrichter ausgesprochen ist, Anlaß zu einem Vorbehalt — als der Bestimmung einer Ausnahme von der Regel — somit auch nur in der Richtung auf diese Ansprüche vorlag, und nur auf diese daher auch der Vorbehalt des Rechtswegs dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß bezogen werden zu können scheint. Zudem sollte man doch wohl annehmen dürfen, daß der Vorbehalt nicht gemacht worden wäre, wenn der Gesetzgeber solchen nicht für nothwendig zur Wahrung der richterlichen Kompetenz erachtet hätte. Dieß ist aber nur der Fall, wenn der Vorbehalt auf solche privatrechtliche Streitigkeiten, bei welchen eine Bestimmung der Gewerbeordnung zur Anwendung kommt, bezogen wird, da nur in diesem Falle ohne den Vorbehalt der Civilrechtsweg verschlossen seyn würde, während es für andere privatrechtliche Ansprüche, welche durch die Kompetenzbestimmung des Art. 161 gar nicht betroffen werden, zur Wahrung der civilrichterlichen Zuständigkeit eines besonderen Vorbehalts überall nicht bedurft hätte, und derselbe daher in diesem Falle als eine überflüssige und bedeutungslose Bemerkung sich darstellen würde, was dem Gesetzgeber ohne zwingende Gründe nicht wird unterstellt werden dürfen. Auch in der Entscheidung des Obertribunals wird anerkannt, daß die Allgemeinheit des Vorbehalts des Rechtswegs für privatrechtliche Ansprüche in dem Art. 161 an sich gegen die Zuständigkeit der Verwaltungsstellen für Streitigkeiten der fraglichen Art spreche, und es nimmt das Obertribunal nur an, daß die Willensmeinung des Gesetzgebers, die Entschädigungsansprüche aus Gewerbelehrverträgen

durch fraglichen Vorbehalt nicht zu treffen, auf andere Weise erhelle.

Weiter geht die oben unter lit. b mitgetheilte Ausführung. Diese sucht darzulegen, daß schon der Wortlaut des Art. 161 dafür spreche, daß alle Streitigkeiten, welche sich auf den Sinn und die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung beziehen, vor das Forum des Administrativrichters gewiesen und durch den Vorbehalt des Rechtswegs nur ausgesprochen sey, daß für sonstige bestrittene Ansprüche, die nicht auf eine Bestimmung des Gesetzes, sondern auf privatrechtliche Titel gegründet werden, die Betretung des Rechtswegs nicht ausgeschlossen seye. Es wird diese Auslegung darauf gegründet, daß durch den fraglichen Vorbehalt, so wie der Artikel gefaßt seye, privatrechtliche, dem Erkenntniß des Civilrichters unterliegende Ansprüche in ein gegensätzliches Verhältniß mit Ansprüchen, die aus einer Bestimmung der Gewerbeordnung abgeleitet werden, gestellt seyen und der Gesetzgeber, wenn er durch den Vorbehalt die Kompetenzbestimmung des Hauptsatzes hätte beschränken wollen, sich nicht ungeschickter hätte ausdrücken können, auch in diesem Fall die Aufstellung sicherer Anhaltspunkte für die Unterscheidung zwischen den privatrechtlichen und nicht privatrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes nicht hätte unterbleiben dürfen. Allein solche besondere Bestimmungen konnte der Gesetzgeber immerhin für entbehrlich halten, indem darüber, welche Ansprüche privatrechtlicher Natur sind, die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Sodann wird man, wenn einer gesetzlichen Bestimmung ein Vorbehalt beigefügt ist, doch wohl ohne Zwang annehmen dürfen, es beziehe sich dieser Vorbehalt auf fragliche Bestimmung und bezwecke somit eine Einschränkung derselben, zumal wenn, wie in vorliegendem Fall, der Vorbehalt ohne diese Unterstellung etwas Ueberflüssiges wäre und keine Bedeutung hätte. Zwar werden in dem gedachten Aufsatze eine Reihe von Fällen namhaft gemacht, in welchen der Vorbe-

halt des Art. 161 auch dann Anwendung finde, wenn derselbe auf solche privatrechtliche Streitigkeiten nicht bezogen werde, bei denen es sich um die Anwendung der Gewerbeordnung handle. Hiegegen ist nichts zu erinnern; allein das läßt sich wohl nicht bestreiten, daß es für alle diese Fälle keines Vorbehalts bedurft und die Kompetenz des Civilrichters auch ohne denselben sich nicht hätte beanstanden lassen, und es müßte bei dieser Auslegung angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit dem Vorbehalt nur etwas von selbst sich Verstehendes und somit Ueberflüssiges habe aussprechen wollen. Der Wortlaut des Art. 161 läßt sich daher nach meinem Dafürhalten gegen die Auslegung der bisherigen Praxis wohl nicht geltend machen, vielmehr dürfte derselbe umgekehrt mehr für diese Auslegung sprechen, obwohl damit nicht geläugnet werden will, daß die Fassung nicht von der Art ist, um alle Zweifel zu entfernen.

Nach den Entscheidungsgründen des Obertribunals sollen diese Zweifel insbesondere durch die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 beseitigt werden, indem diese sich lediglich als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes von der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in Handhabung der gesetzlichen Normen über Entschädigung wegen Aufhebung von Lehrverträgen auf einen einzelnen Fall darstelle, und damit die Absicht des Gesetzes, durch die Kompetenzbestimmung des Art. 161 auch die Entschädigungsansprüche wegen gebrochener Lehrverträge den Administrativbehörden zuzuweisen, außer Zweifel setze. Allein es dürfte denn doch nicht unbedenklich seyn, ein solch' entscheidendes Gewicht auf die fragliche Bestimmung des Art. 24 zu legen. Die Kompetenz der Verwaltungsbehörden ist hier nur anerkannt für den besondern Fall, wenn statt des Lehrgelds ein Zusatz zu der eigentlichen Lehrzeit bedungen worden, die hiedurch vertretene Lehrgeldssumme aber (gegen das Gesetz) in dem Lehrvertrag nicht bezeichnet, wegen des Eintritts einer der in Ziff. 1—3 des Art. 24 genannten Fälle jedoch festzusetzen ist, und es kann darüber kein Zweifel bestehen, daß

nur für diesen speziellen Fall und nicht bezüglich der Kompetenz im Allgemeinen eine Bestimmung hier getroffen werden wollte. Um daher aus fraglicher Bestimmung auf die Absicht des Gesetzgebers schließen zu können, auch die fraglichen Entschädigungsansprüche des Lehrherrn dem administrativ-richterlichen Geschäftskreis zuzuweisen, müßte vor Allem der Grund der Gesetzesbestimmung außer Zweifel stehen und gewiß seyn, daß die Verweisung des besonderen Falls des Art. 24 vor die Verwaltungsbehörde lediglich darum erfolgt ist, weil das ganze Verhältniß zwischen Lehrherrn und Lehrling, soweit solches in der Gewerbeordnung seine Regelung gefunden, als in das administrativrichterliche Gebiet gehörig angenommen worden. Allein an einem unmittelbaren Aufschluß hierüber gebricht es, und da die Kompetenzbestimmung des Art. 24 einen Fall betrifft, wo es an einer vertragsmäßigen Bestimmung fehlt, und dessen Entscheidung daher der Regel nach hauptsächlich von der Beurtheilung gewerblicher Verhältnisse und von technischen Fragen abhängen wird, so konnte dieß wohl für sich und abgesehen von der Kompetenzfrage im Allgemeinen maßgebenden Einfluß auf die Verweisung vor die Verwaltungsbehörde haben, wie dieß auch das Ministerium des Innern in seinem Erlaß vom 24. Okt. 1844 angenommen hat (Bd. 3, S. 102), und läßt sich daher wohl nicht ohne Weiteres als die Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes auffassen (vergl. auch Bd. 3, S. 126 f.). Daß im Art. 24 auf den Art. 161 verwiesen ist, scheint mir nichts zu entscheiden, indem hiemit mehr nicht als die Subsumtion des *speziellen* Falls des Art. 24 unter die Kompetenzbestimmung des Art. 161 ausgesprochen, für eine Subsumtion weiterer Fälle aber nichts an die Hand gegeben ist.

Zwar wird man zugeben müssen, daß zur Zeit der Erlassung der Gewerbeordnung die Ansichten über die Gränzen der civil- und administrativrichterlichen Kompetenz sich noch nicht in der Weise festgestellt hatten, wie dieß jetzt der Fall ist. Allein auch angenommen, man habe zu jener Zeit die

in Frage stehenden Entschädigungsansprüche nicht als rein privatrechtliche, sondern mehr als in das öffentlich rechtliche Gebiet gehörig und daher der administrativrichterlichen Kompetenz anheimfallend betrachtet, und es habe diese Ansicht auch bei den gesetzgebenden Faktoren obgewaltet, was in den Entscheidungsgründen des Obertribunals sowohl, als in dem oben unter lit. b mitgetheilten Aufsatze hervorgehoben wird, so hätte dieß an sich nur eine theoretische Bedeutung und wäre von entscheidendem Gewichte nur dann, wenn die fragliche Ansicht einen Ausdruck im Gesetz gefunden hätte, welcher nöthigenfalls seine Auslegung aus jener Ansicht des Gesetzgebers finden könnte. Allein in dieser Beziehung ist man lediglich wieder an die Bestimmung des Art. 161 gewiesen, und dieser Artikel hatte nach meiner Auslegung gar nicht die Bestimmung, darüber, welche Streitigkeiten über gewerbliche Verhältnisse privatrechtlicher Natur seyen, eine Entscheidung zu geben, sondern es sollte durch denselben nur im Allgemeinen der Rechtsweg für alle privatrechtliche Ansprüche gewahrt werden. Mag der Gesetzgeber damals davon ausgegangen seyn, daß die fraglichen Ansprüche dem Gebiete des Privatrechts nicht angehören, so hat diese Ansicht doch durch keinen Ausdruck im Gesetz Sanktionirung erhalten, ist somit auch nicht Gesetz geworden, sondern eine theoretische Ansicht geblieben, welche als solche den Richter nicht bindet, sondern seiner freien Prüfung unterliegt.

In den oben unter lit. b mitgetheilten Bemerkungen wird zwar die Annahme, daß der Gesetzgeber die fraglichen Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht als privatrechtliche, sondern als polizeirechtliche betrachtet habe, zunächst darauf gegründet, daß das öffentliche Interesse einer zweckmäßigen Regulirung des praktischen Gewerbeunterrichts die vorherrschende Rücksicht dabei gebildet habe. Allein so wenig ich Letzteres zu bestreiten gemeint bin, und so sehr ich anerkennen muß, daß die Ausführung des verehrten Herrn Verfassers für die damalige Ansicht des Gesetzgebers von der polizeirechtlichen Natur der fraglichen Verhältnisse und Bestim-

mungen spricht, so glaube ich, daß diese Ansicht die wirkliche Natur der Verhältnisse nicht ändern konnte, und nur im Fall einer ausdrücklichen dießfälligen Bestimmung eine bindende Norm für den Richter abgeben würde. Eine solche Bestimmung findet der Herr Verfasser der mehrgedachten Bemerkungen in dem Art. 161, indem derselbe annimmt, daß dieser Artikel privatrechtliche Ansprüche und Ansprüche, welche in einer Bestimmung des Gesetzes gründen, in ein gegensätzliches Verhältniß zu einander gestellt habe, und wäre dieß der Fall, so würde damit allerdings ausgesprochen seyn, daß Streitigkeiten, die in der Gewerbeordnung basiren, nicht als privatrechtliche zu betrachten seyen. Allein dieß führt wieder auf die Auslegung des Vorbehalts im Art. 161 zurück, worüber ich mich bereits ausgesprochen habe. Von meinem Standpunkte, und wenn man mit mir in dem Vorbehalt nicht den Ausdruck eines Gegensatzes, sondern eine Beschränkung der im Hauptsatze enthaltene Kompetenzbestimmung findet, ist es unerheblich, welche Ansichten über die privatrechtliche Natur der fraglichen Verhältnisse bei den gesetzgebenden Faktoren obgewaltet haben mögen, und es ist lediglich Sache der richterlichen Würdigung, zu entscheiden, welche Ansprüche privatrechtlicher Natur sind. Hiefür können nur die nach dem heutigen Standpunkt der Wissenschaft als richtig zu erkennenden Grundsätze, nicht aber irrige, wenn auch zur Zeit der Erlassung des Gesetzes herrschende Ansichten maßgebend seyn. Nach jenen Grundsätzen aber gehören die Verhältnisse der fraglichen Art dem Privatrechtsgebiete an, wenn auch deren Regulirung im öffentlichen Interesse begründet ist.

Diesem gemäß scheinen mir noch immer überwiegende Gründe für die Annahme der civilrichterlichen Kompetenz zu sprechen. Wenn ich diese Ansicht auch nach der wiederholten entgegengesetzten Entscheidung des Obertribunals und ungeachtet der im Ergebniß hiemit übereinstimmenden Ausführung des früheren Herrn Ministerialreferenten hiemit öffentlich ausspreche, so bedarf dieß insofern einer Entschuldigung, als

es der Regel nach im Interesse der Rechtssicherheit zu wünschen seyn wird, daß in Fragen von so zweifelhafter Natur die wohlerwogene Ansicht des höchsten Gerichts zur allgemeinen Anerkennung und Geltung gelange. Allein die vorliegende Frage kann mit der Entscheidung des Obertribunals nicht als äußerlich abgeschlossen betrachtet werden, sofern es nunmehr zunächst darauf ankommen wird, wie die Frage von den höheren Administrativbehörden beurtheilt wird und ob diese an der früheren Ansicht des Ministeriums des Innern festhalten oder der Ansicht des Obertribunals beipflichten werden. Den Administrativbehörden zunächst sollen daher die vorstehenden Mittheilungen eine Grundlage für ihr Urtheil abgeben, und dieser Zweck schien es mir zu rechtfertigen, im Anschluß an die neueste Ausführung des Obertribunals und die derselben beipflichtenden und solche weiter begründenden, schätzenswerthen und erwünschten weiteren Bemerkungen auch dasjenige nochmals zusammenzustellen, was für die Ansicht der bisherigen Praxis geltend gemacht werden zu können scheint. Sollten übrigens die höheren Administrativbehörden die Ansicht des Obertribunals theilen und hienach entscheiden, so wird dieß auch für die Gerichte einen entscheidenden Grund abgeben, dieser Ansicht schließlich beizutreten. *)

---

*) Der Entwurf der neuen Gewerbeordnung, welcher dem Verfasser der obigen Bemerkungen erst zur Hand kam, als solche bereits gesetzt waren, entscheidet die Kompetenzfrage (ob mit Grund?) zu Gunsten der Administrativjustiz, indem hier die Verweisung der über den Sinn und die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung entstehenden Streitigkeiten an die Verwaltungsbehörden unbedingt mit Beseitigung des Vorbehalts des Rechtswegs für privatrechtliche Ansprüche ausgesprochen ist. Zu wünschen ist nur, daß durch die Fassung der neuen Bestimmung neuen Zweifeln möglichst vorgebeugt werden möge.

---

8) Von der Wirkung der Restitution eines wegen Meineids Bestraften auf dessen Eidesfähigkeit und auf dessen Befähigung zu Bekleidung einer Gemeinderathsstelle.

(Von Herrn Oberamtmann Heinz in Nürtingen.)

I. Am 6. Februar 1844 stahl der wegen Diebstahls schon einmal gerichtlich bestrafte Friedrich Müller von Gaisbeuren[1] in einem Wirthshause zu Grimmelfingen einen Regenschirm im Werthe von 7 fl. 30 kr., schützte aber bei der sofort eingeleiteten Untersuchung vor, daß er den fraglichen Schirm für seinen eigenen, den er kurz zuvor gekauft, gehalten und daher nur aus Versehen verwechselt und mitgenommen habe.

Um diesem Vorgeben Glauben zu verschaffen, ließ sich Müller's Schwager, der damals 20 Jahre alte Metzger Michael Kopp von Ingoldingen, verleiten, Müller's Angaben vor Gericht fälschlich zu bestätigen, insbesondere einen von ihm erst am 13. März 1844 gekauften Schirm für den des Kopp auszugeben und diese unwahren Aussagen feierlich zu beschwören.

Wegen dieses Meineides ist der sonst gut prädizirte M. Kopp durch Erkenntniß des Kriminalsenats des K. Gerichtshofs in N. N. vom 16. April 1844 in Gemäßheit des Art. 227 des Strafgesetzbuchs, jedoch in mildernder Berücksichtigung, „daß der Angeschuldigte das falsche Zeugniß nicht zu eigenem Vortheil, sondern blos um seinen Schwager, einen Vater von 6 Kindern, einer ihm drohenden Strafe zu entziehen, abgelegt hat, und hiezu durch diesen und dessen Ehefrau, seine Schwester, verleitet worden war," zu einer Arbeitshausstrafe von einem Jahre und einem Monate verurtheilt worden, welche er erstanden hat.

Durch Beschluß derselben Gerichtsstelle vom 12. Januar 1858 wurde dem auf ein empfehlendes gemeinderäthliches Zeugniß gestützten Gesuche des M. Kopp um Wieder=

---

[1] Namen, Stand und Orte sind fingirt.

einsetzung in seine bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte auf den Grund des Art. 18 des Gesetzes vom 13. August 1849 entsprochen. Schon 4 Wochen vorher, am 14. Dezember 1857, war Kopp zum Gemeinderathe in Ingoldingen gewählt worden. Da aber derselbe damals noch wahlunfähig war, so machte das Oberamt den Gemeinderath von Ingoldingen hierauf aufmerksam und ordnete eine neue Wahl an, welche sodann am 13. Februar 1858 stattfand und mit 38 von 62 Wahlstimmen abermals auf M. Kopp fiel. Hiegegen glaubte das Oberamt im Hinblick auf Art. 2 des Gesetzes vom 6. Juli 1849 nichts erinnern zu sollen. Ebensowenig wurde zu Ingoldingen gegen die öffentlich bekannt gemachte Wahl Kopp's Einsprache erhoben, wonächst dessen Beeidigung am 19. Februar 1858 vor versammeltem Gemeinderath und Bürgerausschuß vorschriftmäßig erfolgte. Unterm 25. Oktober 1858 machte jedoch das K. Oberamtsgericht dem Oberamte die Mittheilung, daß Gemeinderath Kopp in einer dort anhängigen Untersuchungssache als Zeuge vernommen und hiebei dessen im Jahr 1844 erfolgte Bestrafung zur Sprache gekommen sey, wodurch sich das Oberamtsgericht zu der Bemerkung veranlaßt sehe, „wie sehr es auffallen müsse, daß ein Mensch, der nach Art. 213 der Strafprozeßordnung niemals als eidesfähiger tüchtiger Zeuge betrachtet werden könne, einen Sitz im Gemeinderathskollegium einzunehmen fähig seyn sollte."

Um den Bedenken des Oberamtsgerichts einigermaßen Rechnung zu tragen, befragte das Oberamt zuvörderst den Kopp, ob er nicht etwa auf seine Gemeinderathsstelle zu verzichten geneigt sey, was aber Kopp unter Berufung auf die vom Gerichtshof erlangte Restitution verneinte. Sofort erwiederte das Oberamt dem Oberamtsgerichte, daß seiner Ansicht nach die Art. 213 und 305 der Strafprozeßordnung auf Personen, deren bürgerliche Ehrenrechte nach Art. 18 des Gesetzes vom 13. August 1849 wieder hergestellt seyen, keine Anwendung finden, worauf ihm jedoch das Oberamtsgericht antwortete, daß es seiner Ansicht nicht beizutreten vermöge,

weil der eben erwähnte Art. 18 an den Bestimmungen des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 (Art. 4 u. 5) und der Strafprozeßordnung (Art. 213 u. 305), welche den wegen Meineids Bestraften für eidesunfähig und für einen stets verdächtigen Zeugen erklären, nichts geändert habe, indem diese Folgen des Meineids an die Thatsache der Bestrafung wegen dieses Verbrechens geknüpft seyen, und jene durch die erfolgte Restitution nicht ungeschehen gemacht werden könne.

Hiedurch sah sich das Oberamt zur Berichterstattung an die vorgesetzte Kreisregierung veranlaßt, indem es Folgendes ausführte:

Früher sey zwar aus Veranlassung der Wahl einiger wegen politischer Vergehen Verurtheilten in die Kammer der Abgeordneten der Satz aufgestellt worden, daß die Begnadigung auf deren durch den §. 135 der Verfassungsurkunde begründete Unfähigkeit keinen Einfluß habe, da dieselbe an die durch die Begnadigung nicht zu tilgende Thatsache der Verurtheilung geknüpft sey; diese Ansicht sey aber allseitig und längst verlassen. Das Gegentheil folge aus dem Begriffe der restitutio famae et honoris, aus dem Art. 1 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, aus dem Art. 18 des Gesetzes vom 13. August 1849 und aus dem Art. 2 des Gesetzes vom 6. Juli 1849, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung. Auch habe der K. Geheimerath schon am 25. Mai 1844 in einem Spezialfalle entschieden, „daß nach der im Gnadenwege erfolgten Wiederherstellung der Ehre eine Ausstellung gegen das Prädikat in Beziehung auf Art. 19 des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833 wegen einer früheren Verurtheilung nicht mehr Platz greifen könne.[2] Das erwähnte Gesetz vom 6. Juli 1849 erkläre ausdrücklich und allgemein, daß „durch die Wiederherstellung der bürgerlichen Ehre nach erstandener Strafe im Rechts- oder Gnadenwege auch die (gemeindebürgerlichen) Wahl- und Wählbarkeits-

[2] Jäger, das Bürgerrechtsgesetz. 1850. S. 17. Note 4.

rechte wieder hergestellt werden." Es könne daher auch von einer moralischen Unbrauchbarkeit des Gemeinderaths Kopp im Sinne des §. 47 der Verfassungsurkunde aus dem Grunde der im Jahr 1844 wegen Meineids gegen ihn erkannten Kriminalstrafe fortan keine Rede seyn. Eben so wenig vertrage sich aber die Fortdauer der an die Strafe des Meineides geknüpften gesetzlichen Beschränkungen der Eidesfähigkeit mit der erlangten Restitution und der amtlichen Stellung des Gemeinderaths Kopp. Das K. Oberamtsgericht scheine zwar der Ansicht zu seyn, daß die Eidesfähigkeit nicht zu den „bürgerlichen Ehrenrechten" gehöre, und daher von der erfolgten Restitution nicht berührt werde, indem Niemand ein Recht darauf habe, als vollgiltiger Zeuge betrachtet und beeidigt zu werden, es vielmehr in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen anheimgegeben sey, die Glaubwürdigkeit und Beweiskraft eines Zeugen nach seinen persönlichen Verhältnissen zu beurtheilen, daß demnach die Restitution eines wegen Meineids Verurtheilten den Richter nicht hindern könne, denselben nach wie vor als einen verdächtigen Zeugen zu betrachten, — in dem vorliegenden Falle handle es sich jedoch nicht von der persönlichen Glaubwürdigkeit und Beweiskraft der Zeugen im Allgemeinen, sondern von den speziellen, gesetzlichen Folgen der Bestrafung wegen Meineids auf die Eidesfähigkeit, und diesen werde der Charakter einer Ehrenstrafe nicht wohl abgesprochen werden können. Oder sollte es keine Schmälerung der bürgerlichen Ehre seyn, wenn Jemand fortwährend des Meineides verdächtig und aus diesem Grunde für unfähig erklärt würde, ein vollgiltiges, unverdächtiges Zeugniß zu geben (Strafprozeßordnung Art. 305, Ziff. 3), einen gerichtlichen Zeugeneid zu schwören (Strafprozeßordnung Art. 213, Abs. 2, Gesetz vom 5. Sept. 1839, Art. 4, Abs. 2), sowie Instruments- und Solennitätszeuge zu seyn? (Gesetz vom 5. Sept. 1839, Art. 5.)

Die Gesetze, welche diese ehrenrührigen Folgen der Meineidsstrafe aussprechen, seyen daher nur mit der stillschweigenden Klausel zu verstehen: „so lange der wegen Meineids

Bestrafte nicht die Wiederherstellung seiner bürgerlichen Ehre erlangt habe." Außerdem würde sich der wahrhaft widersinnige und deßhalb von der Gesetzgebung gewiß nicht gewollte Widerspruch ergeben, daß das Zeugniß eines Restituirten und hienächst zu einem öffentlichen Amte Gelangten in seiner Eigenschaft als beeidigte obrigkeitliche Person und über Amtssachen für sich allein vollen Beweis begründen könnte (Strafprozeßordnung Art. 313, Abs. 3), während derselbe öffentliche Diener in allen anderen Fällen als ein eidesunfähiger, untüchtiger oder verdächtiger Zeuge behandelt würde.

Da die angeführte Thesis des Oberamtsgerichts das amtliche Ansehen und die Wirksamkeit des Gemeinderaths Kopp gefährde, so glaube das Oberamt von der dießfalls zwischen jenem und ihm bestehenden Meinungsverschiedenheit der Kreisregierung Anzeige machen und derselben anheimgeben zu sollen, ob nicht wegen dieses Gegenstandes mit dem Gerichtshofe Rücksprache zu nehmen seyn möchte.

Ehe die Kreisregierung eine Verfügung traf, hob das Oberamt in einem berichtlichen Nachtrage noch hervor, daß wenn die Kreisregierung, in Uebereinstimmung mit der Thesis des Oberamtsgerichts, den Kopp, der erlangten Restitution ungeachtet, nicht als eidesfähig ansehen, vielmehr aussprechen sollte, die Restitution erstrecke sich nach württ. Rechte nur auf die im Art. 27 des Strafgesetzbuchs genannten (durch die rechtskräftige Verurtheilung zur Arbeitshausstrafe verloren gegangenen) Rechte, während von der Eidesfähigkeit im Art. 27 keine Rede sey und nach der strikten Interpretation solche daher auch nicht zu den Ehrenrechten gehöre, allerdings auch nach seinem Dafürhalten Kopp wegen seiner fortdauernden Eidesuntüchtigkeit moralisch unbrauchbar erscheinen dürfte, eine Gemeinderathsstelle zu bekleiden und sonach gegen ihn ein Entlassungsverfahren im Wege des §. 47 der Verfassungsurkunde, vergl. mit dem letzten Absatz des Art. 14 des Gesetzes vom 6. Juli 1849, nicht zu umgehen seyn möchte, indem sich sonst der schon in seinem ersten Be-

richte erwähnte Widersinn ergeben würde, daß der Restituirte ein öffentliches Amt bekleiden und den Diensteid, der ebenso heilig und wichtig sey, als der Zeugeneid, schwören, letzteren aber nicht schwören dürfte.

Hierauf trat die Kreisregierung, die Ansicht des Oberamtsgerichts, daß der dem Kopp gewordenen Restitution unerachtet derselbe unfähig geblieben sey, den Zeugeneid abzulegen, theilend, zunächst mit dem Kriminalsenat des Gerichtshofs zu N. in Kommunikation und ging diese höhere Gerichtsstelle, da die Stellung des Kopp im Gemeinderathe im vorliegenden Falle ihre Würdigung vorzüglich vom Standpunkt der Justizpflege zu erheischen schien, um Aeußerung darüber an, ob jenseits bei der Bekleidung des öffentlichen Amts durch Kopp kein Anstand erhoben werde, um hienach weiter beurtheilen zu können, ob etwa gegen denselben das Entlassungsverfahren nach §. 47 der Verfassungsurkunde einzuleiten seye. Hierauf erwiederte der Gerichtshof, indem er die von dem Oberamtsgerichte gegen das Oberamt ausgesprochene Ansicht und deren Begründung billigte, daß er es auch seiner Seits als einen sehr erheblichen Mißstand bezeichnen müsse, daß der wegen Meineids bestrafte Kopp die Stelle eines Gemeinderaths bekleide und daß dessen Entfernung von dieser Stelle im Interesse des Dienstes wünschenswerth erscheine. Im Uebrigen bezog sich der Gerichtshof auf einen mitgetheilten Vortrag seines Referenten, der folgendermaßen lautete:

„Wem die bürgerlichen Ehren und die Dienstrechte durch rechtskräftiges Erkenntniß entweder ausdrücklich oder in Folge der erkannten Strafart, nämlich Zuchthaus, Arbeitshaus, oder Festungsstrafe entzogen wurden, der verlor

1) nach dem Art. 27 des Strafgesetzbuchs die daselbst angeführten Rechte, Aemter 2c.;

2) nach dem Gesetz vom 13. August 1849 Art. 4 das Recht, Schießwaffen zu tragen und Geschworener zu seyn.

3) Nach dem Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. Sept. 1839, Art. 4, Abs. 3, soll in Civil- und Strafsachen, wer zu einer Zucht-

oder Arbeitshaus= oder Festungsstrafe oder zum Verlust der bürgerlichen Ehren und der Dienstrechte verurtheilt worden, als ein verdächtiger Zeuge betrachtet werden und nach Art. 5 unfähig zum Instruments= oder Solennitätszeugen seyn.

4) Nach Art. 305, Ziff. 3 der Strafprozeßordnung soll als Zeuge im Strafprozeß verdächtig seyn, wer zu den ad 3 genannten Strafarten verurtheilt worden ist oder wer ein Straferkenntniß wegen falschen Zeugnisses, Strafgesetzbuch Art. 233, 234 (welche jedoch nicht vom Meineid, der immer mit Arbeitshaus bedroht ist, sondern vom Bruch des eidlichen Versprechens und von Verletzung des eidlichen Angelöbnisses sprechen) gegen sich hat.

Nach Art. 129, Abs. 2, des Strafgesetzbuchs blieben die so verlorenen bürgerlichen Ehren= und Dienstrechte noch ungeachtet des Ablaufs der Verjährungszeit verloren und das frühere Recht kannte eine Möglichkeit ihrer Wiederherstellung nur im Weg der Gnade. Hieran hat erst Art. 18 des Gesetzes vom 14. August 1849 eine Aenderung gemacht, und zwar ist diese Aenderung in der Weise gemacht, daß nicht etwa das Königl. Begnadigungsrecht auf das erkennende Gericht delegirt wäre, wie dieß z. B. in Bezug auf Strafaufschubsverstattungen nach der K. Verordnung vom 3. April 1835 der Fall ist, sondern so, daß die Gerichte verpflichtet sind, nach Maßgabe des Gesetzes, sobald dessen Voraussetzungen vorhanden sind, dem Gesuch stattzugeben. Indem der Art. 18 von Wiederherstellung der entzogenen bürgerlichen Ehren= und Dienstrechte spricht, deutet er an, daß die Restitution sich nicht auf den ganzen Inhalt des früheren Erkenntnisses bezieht, sondern nur auf die Folgen, welche die Entziehung jener Rechte in Beziehung auf die bürgerliche Ehre für den Verurtheilten hatte. Da aber das Gesetz unbedingt von Wiederherstellung spricht, so muß sich diese ausnahmslos auf alle Folgen beziehen, wie sie oben sub 1—4 angeführt wurden, und es ist kein rechtlicher Grund einzusehen, hier die sich auf den Prozeß beziehenden Folgen sub 3 u. 4 auszunehmen. Man könnte zwar vielleicht in Bezie=

hung auf diese beiden Punkte einwenden, es kommen hier zunächst nicht sowohl die Interessen des Verurtheilten in Betracht, dem es weniger verschlage, wenn man seinem Zeugniß weniger Kraft beilege, als vielmehr die Interessen dessen, der in Untersuchung befangen ist, oder einen Civilprozeß führt und nun das Zeugniß eines Menschen gegen sich gelten lassen solle, der einmal die bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte durch Richterspruch verloren hat. Allein hierauf ist zu entgegnen, daß dem Restituirten durch die Restitution viel wichtigere und weitergreifende Rechte wieder gegeben werden, indem er staats- und gemeindebürgerliche Wahlrechte wieder erlangt, daß daher das Gesetz ohne Zweifel auch die minder wichtigen Folgen der Entziehung der Ehren- und Dienstrechte durch die Restitution beseitigen wollte. Und dann heißt es: lege non distinguente nec nostrum est distinguere.

Nun haben wir aber noch zwei spezielle Bestimmungen in unserer Gesetzgebung in Beziehung auf Meineidige und zwar

a) für den Civilprozeß in Art. 4, Abs. 2 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen ꝛc., wornach ein wegen Meineids rechtskräftig Verurtheilter zu Ablegung eines gerichtlichen Zeugeneides unfähig seyn soll;

b) für den Strafprozeß in Art. 213, Abs. 2 der Strafprozeßordnung, wonach nicht vereidet werden darf als Zeuge, wer wegen Meineids bestraft worden ist.

Der Unterschied zwischen diesen Bestimmungen gegen Meineidige ad a und b und jenen Normen in Beziehung auf die Folgen gewisser Strafarten besteht nun darin, daß im letzteren Fall der entscheidende Gesichtspunkt die Verurtheilung zu einer gewissen Strafart (Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte, Zucht- und Arbeitshaus, Festungsstrafe) im ersteren die Verurtheilung wegen eines bestimmten Verbrechens, nämlich Meineids, ist. Oben wurde nachgewiesen, daß Gegenstand der durch Art. 18 der Kriminalnovelle eingeführten Restitution nur die Folgen der Entziehung der Ehren- und Dienstrechte seyn könne, daß sich daher die Restitu-

tion auf den übrigen Theil des Erkenntnisses nicht erstrecke. Ein solcher Theil des Erkenntnisses gegen einen Meineidigen ist die Thatsache, daß er wegen Meineids (gleichviel zu welcher Strafe) verurtheilt worden ist; es gibt daher hiegegen keine Restitution und der wegen Meineids Verurtheilte kann, auch wenn er in seine bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte wieder eingesetzt ist, nie mehr weder in Civil- noch Kriminalsachen zum Zeugeneid zugelassen werden.

Hiebei ist noch besonders darauf aufmerksam zu machen, daß nach Art. 1 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen ꝛc. die gemeinrechtliche Ehrlosigkeit aufgehoben, jedoch nach Art. 4, Abs. 2 die Folge der gemeinrechtlichen Ehrlosigkeit, daß der Meineidige zum Zeugeneid unfähig seyn soll, beibehalten ist, daß sich dagegen die an die Stelle der gemeinrechtlichen Ehrlosigkeit getretene Strafe des Verlusts der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte in viel engeren Grenzen bewegt, als jene. Kann nun nur das, was innerhalb dieser engeren Grenzen besteht, Gegenstand der Restitution seyn, so muß hievon das ausgeschlossen seyn, was jenem weiteren Kreise entnommen außerhalb dieser engeren Grenzen steht.

Eine Erörterung der Frage, ob die Restitution eines zu Zuchthaus Verurtheilten auch die Wiederherstellung der im Art. 33, Ziffer 2—4 des Strafgesetzbuchs erwähnten Rechte zur Folge habe, liegt außerhalb der Aufgabe des vorliegenten Falls.

Für diesen sind aus der seitherigen Ausführung folgende Resultate zu ziehen:

Der Gemeinderath Kopp hat durch die unter dem 12. Januar 1858 erlangte Restitution wieder erworben die staats- und gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte, die Fähigkeit zu Erwerbung aller im Art. 27 des Strafgesetzbuchs genannter Vorzüge, Aemter, Dienste, Auszeichnungen und Rechte, das Recht Schießwaffen zu tragen und Geschworener zu seyn, die Fähigkeit, Instruments- und Solennitätszeuge zu seyn, er darf weder im Kriminal- noch im Civilverfahren als verdächtiger Zeuge — er ist es aber faktisch doch, weil ein Zeugniß nur

volle Kraft hat, wenn es beschworen ist, — bezeichnet werden, aber er darf als Zeuge nicht beeidigt werden, weil er wegen Meineids rechtskräftig verurtheilt wurde.

Seine Wahl zum Gemeinderath besteht an sich vollkommen zu Recht, nachdem er restituirt ist; allein das Bedenkliche seiner Wirksamkeit als Gemeinderath leuchtet von selbst ein, wenn man erwägt, daß er als solcher nicht nur richterliche Funktionen zu verrichten hat (denn dies trifft bei jedem Restituirten, der in den Gemeinderath kommt, zu), sondern insbesondere oftmals auch amtliches Zeugniß abzugeben hat. Kann er kein eidliches Zeugniß ablegen, so kann ebensowenig seinem Dienstzeugniß ein Werth beigelegt werden."

Diese Ausführung des Referenten des Gerichtshofs schien dem Referenten der Kreisregierung nicht durchaus folgerichtig zu seyn, indem derselbe im Wesentlichen Folgengendes hiezu bemerkte:

Es sey richtig bewiesen, daß der wegen Meineids Bestrafte der Restitution ungeachtet, als Zeuge weder im Civil- noch im Strafprozesse beeidigt werden dürfe. Aber nicht richtig scheine zu seyn, daß jener in Folge der Restitution aufgehört habe, ein verdächtiger Zeuge zu seyn, und daß er die Fähigkeit Testaments- und Solennitätszeuge zu seyn, wieder erlangt habe.

In was werde der Betreffende restituirt? In nichts Anderes, als in die ihm entzogen gewesenen Ehren- und Dienstrechte. Im Strafgesetz (Art. 27) und im Gesetz vom 13. August 1849 (Art. 4) werde spezifizirt, welche einzelne Befugnisse unter den Begriff dieser Rechte fallen, und von dem Betreffenden verwirkt werden. Den Anspruch, als vollgiltiger Zeuge im Prozeß betrachtet zu werden, und als Testaments- und Solennitätszeuge zu fungiren, habe er durch den Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte nicht verwirkt, diese Befugnisse gehören nicht zu den Ehrenrechten im Sinne des Art. 27 und des angeführten Art. 4. Die Restitution in diese Rechte könne also auch eine Wiederherstellung jener Befugnisse nicht enthalten.

Der Referent des Gerichtshofs sage selbst: Gegenstand der Restitution des Art. 18 des Gesetzes vom 13. August 1849 können nur die Ehrenrechte seyn. Es scheine daher nicht konsequent, wenn er an einer andern Stelle sage, das Gesetz spreche unbedingt von Wiederherstellung und also seye kein rechtlicher Grund, seine auf den Prozeß bezüglichen Wirkungen, welche das Gesetz vom September 1839, beziehungsweise die Strafprozeßordnung eingeführt haben, als nicht ebenfalls beseitigt zu betrachten. Wo das Gesetz nicht distinguire, dürfe der Richter auch nicht distinguiren. Das Gesetz aber sey ganz distinkt.

Wenn die Restitution weiter greifen solle, als auf die „Ehren- und Dienstrechte" der Art. 27 und Art. 4, weil sie unbedingt sey, so sey nicht abzusehen, warum die unbedingte Restitution nur so weit greifen solle, und nicht auch vollends auf die Wirkung wegen des Zeugeneides. Nach der Ansicht des Gerichtshofs Referenten darum nicht, weil jene Wirkung (verdächtiger Prozeßzeuge, unfähiger Testamentszeuge) eine Folge der Strafart, diese eine Folge eines bestimmten bestraften Verbrechens seye. Diese Unterscheidung sey zwar an sich richtig, aber es scheine aus ihr nichts gefolgert werden zu können.

Der Verlust der Ehrenrechte für den Meineidigen sey allerdings eine Folge der Strafart, und der Verlust jener anderen Befugnisse (außer dem Zeugeneid) ebenfalls eine Folge der Strafart. Daraus aber könne offenbar nicht folgen, daß, wenn die „Ehrenrechte" restituirt werden, zugleich auch die anderen Befugnisse, die gesetzlich nicht als „Ehrenrechte" prädizirt seyen, restituirt seyen. Daß übrigens, was die Zeugenqualität betreffe, die nach der Ansicht des Gerichtshofsreferenten eintretende Restitution nur illusorisch sey, weil der vollgiltige Zeuge, wenn er nicht beeidigt sey, effektiv eben doch kein vollgiltiger Zeuge sey, das habe der Gerichtshofsreferent selbst gezeigt.

Hienach wäre der Referent der Kreisregierung der Meinung gewesen, daß Gemeinderath Kopp der Restitution

in die Ehren= und Dienstrechte ungeachtet nicht blos keinen Zeugeneid ablegen dürfe, sondern daß er neben dem kraft Gesetzes als verdächtiger Zeuge zu prädiziren sey, und daß er nicht Testaments= und Solennitätszeuge seyn dürfe.

Die Ansicht derjenigen, welche das Entlassungsverfahren für nothwendig halten, würde dadurch einigermaßen verstärkt.

Nun ließ die Kreisregierung die von dem Gerichtshof ertheilte obgedachte Erwiederung nebst dem Vortrag des Gerichtshofsreferenten dem Oberamte mit dem Auftrage zugehen, den Kopp von der rechtlichen Beurtheilung der obschwebenden Frage und dem nothwendigen Einflusse derselben auf seine Stellung als Gemeinderath zu unterrichten und ihm hienach nochmals den freiwilligen Rücktritt von dieser Stelle nahe zu legen, wobei selbstverständlich die Kreisregierung von der Unterstellung ausgegangen ist, daß im Falle des Ansuchens des Kopp auch der Gemeinderath und Bürgerausschuß aus den vorgelegenen dringenden Gründen sich dafür aussprechen würden. (Gesetz vom 6. Juli 1849, Art. 13).

Nachdem aber Kopp auf die Vorstellung des Oberamts nicht eingegangen war, vielmehr nach Rücksprache mit einem Rechtsfreunde die Resignation ganz entschieden abgelehnt hatte, rescribirte die Kreisregierung unter dem 5. August 1859 an das Oberamt, daß sie sich vorbehalte, auf die Frage von der Entlassung des Gemeinderaths Kopp geeigneten Falls zurückzukommen.

Dies gab dem Oberamte zu Erstattung eines weiteren Vortrags an die vorgesetzte Kreisregierung Veranlassung, in welchem es seine früher ausgesprochene Ansicht von der Zulässigkeit der Anwendung des §. 47 der Verfassungsurkunde zurücknahm und dagegen ausführte, wie es an und für sich nicht zweifelhaft seyn könne, daß, wer der bürgerlichen Ehren= und Dienstrechte fähig sey, noch vielmehr auch zur Privatglaubwürdigkeit befähigt erscheine, und daß es daher wirklich widersprechend sey, einem Gemeinderath als solchem Anspruch auf amtlichen Glauben zuzugestehen, in

Privatsachen aber die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen zu bestreiten und ihn darum zur Beeidigung auf dieselben gesetzlich nicht zuzulassen; dieß wäre eine offenbare Antinomie. Es wurden daher von dem Oberamt, indem dasselbe die Nothwendigkeit einer Beseitigung dieser Antinomie im Wege der Gesetzgebung (oder authentischer Interpretation) hervorhob, zugleich Vorschläge zur Beseitigung derselben für den vorliegenden Fall gemacht.

Die Kreisregierung fand jedoch keinen hinreichenden Grund, denselben von Amtswegen Folge zu geben, und glaubte vielmehr dem Kopp überlassen zu müssen, ob er selbst in der gedachten Richtung ein Gnadengesuch höchsten Orts vortragen wolle. Kopp wandte sich sofort an das Justizministerium mit der Bitte um Dispensation von den gesetzlichen Bestimmungen, wonach ihm die Fähigkeit eines gerichtlichen Zeugeneides abgehe, es wurde aber seinem dießfälligen Gesuche keine Folge gegeben und die Sache bis jetzt beruhen gelassen, so daß Kopp dermalen noch die Stelle eines Gemeinderathes bekleidet.

II. Die rechtliche Ansicht des Verfassers dieser Mittheilung, wie sie sich ihm nach diesen Verhandlungen gebildet hat ist folgende:

A) Schon bei der Berathung des Strafgesetzbuchs ist gegen das Strafsystem desselben das Bedenken erhoben worden, daß der Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte zu weit ausgedehnt sey. Der Art. 18 des Gesetzes vom 13. August 1849 verdankt seine Entstehung vornehmlich dem Bestreben, diesen Uebelstand zu beseitigen. Eine Wiederherstellung der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte nach Art. 18 hat also, wie dies auch aus dem Wortlaut folgt, nur die Bedeutung, daß der Verlust derjenigen Rechte, welche das Straferkenntniß nach Art. 27 des Strafgesetzbuchs ausdrücklich oder nach Art. 33 in Folge der erkannten Strafart entzogen hat, wieder aufgehoben wird. Weiter geht der Art. 18 sowohl nach der legislatorischen Absicht als dem Wortlaut nach nicht. Der Ausdruck: bürgerliche Ehren- und Dienstrechte

ist ein terminus technicus, ein in den Gesetzen streng begrenzter Begriff. Wenn daher der Art. 18 cit. die Wiederherstellung jener Rechte verordnet, so konnte er nur die mit diesem technischen Begriff gesetzlich verbundenen Rechte im Auge haben und nicht beabsichtigen, auch alle andern Rechtsnachtheile, welche mit jenem Begriff gar nicht zusammenhängen, zu beseitigen, er konnte nicht bezwecken, einen Verbrecher von allem und jedem Makel zu befreien. Für jene Restriktion spricht der klare Wortlaut des Art. 18 cit., der Mangel an Anhaltspunkten für eine ausdehnende Interpretation und zudem die rechtliche Vermuthung, daß im Zweifel durch neue Gesetze an dem früher bestandenen Rechte wenig geändert werden will. Auf Grund des Art. 18 werden daher unzweifelhaft restituirt:

a) die sub Ziffer 1—5 in Art. 27 des Strafgesetzbuchs aufgeführten Rechte.

Ebenso verhält es sich.

b) mit dem Recht, Geschworener zu seyn und Schießwaffen zu tragen, da der Art. 4 des Gesetzes vom 13. August 1849, durch welchen dasselbe entzogen wird, sich ausdrücklich als eine Ergänzung des Art. 27 des Strafgesetzbuchs bezeichnet.

Was aber

c) das Recht, Instruments- und Solennitäts-Zeuge, und

d) das Recht, vor Gericht unverdächtiger Zeuge zu seyn, betrifft, welche nach Art. 4, Abs. 3 und Art. 5, des Gesetzes vom 5. September 1839 und Art. 305 der Strafprozeßordnung dem Verurtheilten aberkannt werden, so sind im Gesetze Zuchthaus, Arbeitshaus oder Verlust der Ehrenrechte neben einander aufgeführt, und das Gesetz sagt nicht, daß es die beiden ersten Strafarten nur deshalb aufgeführt habe, weil sie entehrend sind, beziehungsweise den Verlust der rc. Ehrenrechte in sich schließen. Wäre blos das letztere Moment der Grund der Unfähigkeit zum Solennitätszeugniß rc., so wäre es gar nicht nöthig gewesen, Zucht- und Arbeitshaus neben dem Verluste der Ehrenrechte auf-

zuführen, denn der letztere ist ja eine von selbst und stets eintretende Folge jener Strafarten.

Es muß daher wohl angenommen werden, daß das Gesetz bei Zuchthaus- und Arbeitshaussträflingen nicht blos deßwegen, weil sie zugleich der Ehrenrechte verlustig geworden, sondern auch wegen der von ihnen erstandenen Strafart überhaupt jene Rechtsnachtheile eintreten lassen wollte.

Wenn daher nach Art. 18 der Novelle die Ehrenrechte, mögen sie selbstständig oder durch eine der beiden Strafarten verloren gegangen seyn, restituirt werden, so wird wohl dadurch die Thatsache der Verurtheilung zu Zucht- oder Arbeitshaus nicht aufgehoben, und da diese beiden Strafarten selbstständige Faktoren sind, welche jene Rechtsnachtheile erzeugen, so dauern diese Rechtsnachtheile (wohl) auch nach der Restitution in die Ehrenrechte fort.

Die Zuchthausstrafe z. B. hat noch andere Wirkungen, welche, wenn auch die durch die Zuchthausstrafe verlorenen Ehren- und Dienstrechte restituirt worden, nicht gleichzeitig wieder aufleben, aus dem einfachen Grunde, weil jene weiteren Wirkungen gar nicht mit dem technischen Begriff „der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte" zusammenhängen; vergl. z. B. Art. 33, Ziff. 2—4 des Strafgesetzbuchs und Art. 6 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839.

Die dort genannten Rechte sind ganz unabhängig von dem Verlust oder der Restitution der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte; sie sind lediglich eine Folge der Strafart — der Zuchthausstrafe. Auf der andern Seite könnten in Beziehung auf die oben erörterte Frage hinsichtlich der Arbeitshausstrafe insofern Zweifel entstehen, als nach Art. 34 des Strafgesetzbuchs als einzige Folge dieser Strafart der Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte aufgeführt ist. Damit also, daß die bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte wieder hergestellt sind, ist nur soviel gesagt, daß die früher entzogene Fähigkeit an und für sich wieder vorhanden ist. Daß aber andere Gründe, welche der Ausübung die-

ser Fähigkeit im Wege stehen, hiedurch vernichtet seyn sollen, ist hiemit nicht ausgesprochen. Hieraus ergibt sich für den vorliegenden Fall folgendes Resultat:

Unzweifelhaft nicht restituirt ist Kopp gegen die Folgen der Verurtheilung wegen Meineids. Diese Folgen sind nach Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. September 1839 Unfähigkeit zu Ablegung eines gerichtlichen Zeugeneids oder, wie sich die Strafprozeßordnung in Art. 213 Abs. 2 für Strafsachen bestätigend ausdrückt, Untüchtigkeit zum Zeugniß. Diese Folgen des Meineids sind durch die Restitution auf Grund des Art. 18 nicht aufgehoben. Denn letztere Gesetzesstelle verordnet nur die Wiederherstellung der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte, welche ausdrücklich oder durch die erkannte Festungsstrafe (Abs. 1) oder durch Zucht- oder Arbeitshausstrafe (Abs. 2) verloren gegangen sind. Die Folgen des Meineids aber entspringen weder aus einer der obenbezeichneten Strafarten, noch überhaupt aus dem Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte (wie derselbe in den Gesetzen seinem Umfang nach festgestellt ist) sondern aus einem Dritten, nämlich aus einem Meineid.

Diese Folgen werden hienach von dem Art. 18 der Novelle nicht berührt.

B) Die nicht aufgehobenen Folgen der Verurtheilung wegen Meineids machen Kopp zu Bekleidung der Stelle eines Gemeinderaths unfähig. Wenn er auch im Allgemeinen nicht mehr ehrlos ist, wenn er namentlich die staats- und gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte wieder erworben hat, wenn man ferner auch annehmen wollte, daß er Solennitäts- und Instruments-Zeuge seyn könne, und wenn endlich auch seiner Verpflichtung als Gemeinderath, da es sich von keinem Zeugeneid handelt und da er keine Zuchthausstrafe erstanden hat (vergl. Art. 33 Ziff. 3 des Strafgesetzbuchs), ein rechtliches Hinderniß nicht im Wege

steht, so muß doch noch geprüft werden, ob er rechtlich fähig sey, die wesentlichen Funktionen eines speziellen Amts, welches er erwerben will, zu versehen.

Diese Fähigkeit muß bezüglich der Stelle eines Gemeinderaths dem ꝛc. Kopp abgesprochen werden. Dieß erhellt schon aus nachstehenden wenigen Bemerkungen, so daß eine weitere Ausführung unnöthig ist:

a) Der Gemeinderath, sowohl das Kollegium als der Vorstand, und als das einzelne Gemeinderathsmitglied (z. B. als deputatus, Stellvertreter des Vorstands ꝛc.) genießen bezüglich amtlicher Wahrnehmungen und Handlungen publica fides. Einem Mann nun, welchem über sämmtliche Wahrnehmungen, welche er als Privatmann machte, vor Gericht keine Glaubwürdigkeit beigemessen werden darf, kann ebensowenig, oder, vermöge eines argumentum a minori ad majus, noch weniger öffentliche Glaubwürdigkeit beigemessen werden.

b) Die Gemeinderäthe haben täglich Funktionen auszuüben, namentlich Zeugnisse, Berichte ꝛc. abzufassen, welche ihrem Wesen nach als gerichtliche Zeugnisse aufzufassen sind. Ich erinnere hier nur an die Prädikatszeugnisse. In anderen Staaten werden über das Prädikat eines Beschuldigten sehr häufig einzelne Leumundszeugen gerichtlich vernommen. In Württemberg begnügt man sich mit den schriftlichen Zeugnissen der Gemeinderäthe; allein offenbar erscheinen diese hier als eigentliche Leumundszeugen, wenn sie auch nicht mündlich vernommen werden. Kopp aber ist unfähig, gerichtliches Zeugniß abzulegen.

c) Die einzelnen Gemeinderathsmitglieder haben fast täglich Funktionen als Urkundspersonen bei gerichtlichen Vernehmungen (außerhalb des Gerichtssitzes), bei Augenscheinen und bei Haussuchungen auszuüben. In allen diesen Fällen haben die betreffenden Urkundspersonen auf Erfordern und wenn irgend Anstände sich ergeben, ihre Wahrnehmungen dem Gerichte als Zeugen vorzutragen und zu

bekräftigen. Hiezu aber wäre Kopp als wegen Meineids verurtheilt unfähig.

Die unter a—c hervorgehobenen Richtungen der Thätigkeit eines Gemeinderaths sind gewiß keine unwesentlichen, sondern wesentliche, zu welchen, wenn sie auch bei weitem nicht die Thätigkeit eines Gemeinderaths erschöpfen, der letztere doch befähigt seyn muß, wenn er überhaupt die Stelle eines Gemeinderaths soll bekleiden können. Kopp ist hienach zu diesem Amte nicht fähig und zwar handelt es sich nicht von moralischer Unbrauchbarkeit, sondern von rechtlicher Unfähigkeit, eben weil ihm wesentliche Eigenschaften, welche für die Versehung einer Gemeinderathsstelle nothwendig sind, rechtlich abgehen. Seine Wahl wäre daher zu kassiren, als nichtig aufzuheben gewesen. Nachdem aber Kopp in sein Amt wirklich eingewiesen und verpflichtet worden ist, könnte die Zuläßigkeit einer Aufhebung der Wahl zweifelhaft seyn. Allein der §. 47 der Verfaßungsurkunde, welcher überhaupt von Unbrauchbarkeit spricht, dürfte alsdann Anwendung finden.

C) Wenn nach dem Ausgeführten Kopp in die staats- und gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeits-Rechte wieder eingesetzt, überhaupt in seine bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte restituirt ist, trotzdem aber und ungeachtet des Art. 2 vorletzter Absatz des Gesetzes vom 6. Juli 1849 unfähig (bezw. unbrauchbar) erscheint, Gemeinderath zu seyn, so vermag ich darin doch keine Antinomie zu erblicken. Denn wenn die Gesetze von staats- und gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechten sprechen, so meinen sie damit offenbar nur die allgemeine Befähigung zu Aemtern, sie schließen aber die Prüfung darüber, ob ein solches allgemein befähigtes Individuum auch die zu einem speziellen Amte nöthigen Eigenschaften hat, nicht aus.

Kopp kann nun eine Reihe von Aemtern erwerben, er kann z. B. Geschworener seyn, Bürgerausschußmitglied 2c. werden, allein die Stelle eines Gemeinderaths ist ihm

wegen der hiezu speziell nöthigen, ihm aber aus speziellen Gründen fehlenden Eigenschaften unzugänglich. Diese speziellen Eigenschaften wollte ihm wie oben ausgeführt wurde, der Art. 18 der Novelle nicht zurückerstatten und ebensowenig kann aus der allgemeinen Fassung des Art. 2. des Gesetzes vom 6. Juli 1849 gefolgert werden, daß zu Gemeinderathsstellen ein hiezu speziell nicht vollständig befähigter Mann nur deßhalb zugelassen werden solle, weil er im Allgemeinen die staats- und gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte hat. Es gilt hier der Grundsatz: lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Ebenso allgemein ist der Schlußsatz des Art. 2 des Gesetzes vom 6. Juli 1849 aufzufassen. Es lassen sich übrigens auch noch andere persönliche Unfähigkeitsgründe bezüglich einer Gemeinderathsstelle denken, welche in dem angeführten Art. 2 dennoch nicht verzeichnet sind. Z. B. müßte wohl die Wahl eines Taubstummen, eines Blinden, kassirt werden, weil einem solchen Individuum die nöthigen physischen Eigenschaften zu Versehung jener Stelle fehlen.

Im vorliegenden Fall ist Kopp nicht physisch, wohl aber rechtlich unfähig, beziehungsweise unbrauchbar.

III.) Vom Standpunkte der Gesetzgebung aus dürfte sich übrigens die Bestimmung empfehlen, daß durch die Wiederherstellung der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte aller und jeder Mackel und namentlich die Folge der Verurtheilung wegen Meineids getilgt werde.*

---

* Uebrigens würde es auch in diesem Falle immer noch von den Umständen des einzelnen Falls abhängen, ob einem restituirten Meineidigen als Zeugen voller Glaube beigemessen werden könnte, da die Thatsache des Meineids durch keine Restitution aufgehoben wird, schon diese Thatsache aber den Richter veranlassen kann, in die Glaubwürdigkeit eines solchen Zeugen Zweifel zu setzen. Die Restitution könnte wohl die gesetzliche Unfähigkeit eines Meineidigen zum Zeugniß beseitigen, nicht aber auch den in der unvertilgbaren Thatsache des Meineids liegenden Verdachtsgrund aufheben. K.

Hiefür dürfte auch der Umstand sprechen, daß der Gesetzgeber, indem er den Art. 18 emanirte, vielleicht auch wirklich die Absicht hatte, einen Verbrecher, welcher auf den Pfad der Tugend zurückgekehrt ist, in allen Beziehungen von den Folgen seiner, oft in jugendlicher Uebereilung begangenen That zu befreien und ihm die Möglichkeit zu geben, ein neues bürgerliches Leben zu beginnen.

Der Gesetzgeber dachte offenbar nicht an die Folgen des Meineids, an die spezifischen Folgen der Zuchthausstrafe (Art. 33 Ziff. 2—4 des Strafgesetzbuchs) sonst würde er wohl auch diese Folgen ausdrücklich aufgehoben haben. Allein so, wie das Gesetz vorliegt, ist die Restitution auf Grund des Art. 18 nur eine beschränkte, welche vielleicht dem Zweck des Gesetzgebers nicht entspricht.

---

9) Von der Berechtigung einer Armenstiftungspflege zur Zurückforderung eines ausgetheilten Geldalmosens für den Fall, daß der Empfänger später zu Vermögen gekommen ist, und von der Kompetenz zur Entscheidung über diese Frage.

Ein Rechtsfall.

(Mitgetheilt von Herrn Regierungsassessor Stängel in Ulm.)

In der Oberamtsstadt G. besteht eine aus früher getrennt gewesenen Bestandtheilen zusammengesetzte Stiftungspflege. Es existirten nämlich vormals vier verschiedene Verwaltungen unter folgenden Bezeichnungen:

1) die sehr vermögliche Hospitalpflege. Ihre Einkünfte dienten zur Erhaltung der dem Hospital gehörigen Gebäude und Güter und zur Beschaffung des Aufwands auf die Haus- und Krankenpflege der in denselben aufgenommenen

armen Personen (Hospitaliten) und der durch Abtretung ihres Vermögens an den Hospital zu dessen Benützung berechtigten Pfründner.

2) Die Almosenpflege, aus welcher von jeher Hausarme, namentlich auch eine gewisse Anzahl armer Wittwen mit Brod und Geld (sogen. Weißbrodalmosen) unterstützt, Kurkosten für unbemittelte Kranke bestritten und Schulgelder für arme Kinder bezahlt wurden. Theilweise haftete aber auch die Salarirung von Geistlichen und Schulmeistern auf dieser Pflege, deren Vermögen durch die in Folge der Reformation stattgehabte Zuweisung von geistlichen Pfründ- und Meßstiftungen einen bedeutenden Zuschuß erhielt.

3) Die (Sonder-) Siechenpflege. Diese war eine Versorgungsanstalt für arme kranke, gebrechliche oder mit langwierigen Schäden behaftete Personen (Leprosen).

4) Die Kirchenpflege, welcher insbesondere die Baulast an der Stadtkirche und die Deckung des Kultaufwands oblag, welche übrigens nebenbei auch Armenzwecke verfolgte.

Ueber den Ursprung dieser verschiedenen Anstalten für Kirchen-, Schul- und Armenzwecke liegt in Ermanglung von Stiftungsurkunden kein sicherer Nachweis vor. Doch darf man vermuthen, daß die Entstehung derselben in jene Zeit des Mittelalters hinaufreicht, welche sich durch regen Eifer für milde Stiftungen aller Art auszeichnete. Im Laufe der Jahrhunderte traten manche Stiftungen hinzu, so daß sich das Vermögen der Pflegen hiedurch und durch andere günstige Ereignisse (vergl. oben Ziffer 2) vermehrte.

Im Jahre 1814 wurden dieselben „im Interesse der Vereinfachung der Verwaltung“ in Einen Körper unter dem Namen „Stiftungspflege“ verschmolzen, welch' letztere seitdem den Bestimmungen des Verwaltungs-Edikts gemäß als örtliches Stiftungsvermögen von dem Stiftungsrath verwaltet und von den Staatsbehörden beaufsichtigt wird.

Die dieser kombinirten Pflege obliegende Armenfürsorge ist inzwischen in verschiedenen Gestalten gehandhabt worden,

indem theils an Handwerker zu besserem Betrieb ihres Gewerbes und an sonstige, vorübergehender Unterstützung bedürftige, Personen kleinere und größere Beträge als unverzinsliche Vorschüsse gereicht, theils periodische Unterstützungen an Arme unter der ausdrücklichen Bedingung eventuellen Wiederersatzes oder auch ohne diese Bedingung abgegeben wurden.

So erschien auch die Wittwe des Drechslers W. von G. am 18. August 1840 vor dem Stiftungsrath und brachte vor: „daß ihr Mann erst kürzlich mit Tod abgegangen sey, weßhalb sie in die dürftigste Lage mit 6 unmündigen Kindern, wovon das älteste 8 Jahre alt, versetzt worden, da sie außer einem halben, mit Schulden belasteten Haus lediglich kein Vermögen besitze; sie bitte daher um Unterstützung."

Dieser Bitte wurde Seitens des Stiftungsraths stattgegeben, indem derselbe beschloß, der Bittstellerin „eine wöchentliche Armenunterstützung von 1 fl. zu verwilligen und zu bestimmen, daß das Schulgeld von ihren schulpflichtigen Kindern aus der Stiftungskasse bestritten werde."

Diese wöchentliche Unterstützung an die Wittwe W. ist in den, den Rechnungen beiliegenden, Verzeichnissen, ausdrücklich als „wöchentliches Almosen" bezeichnet und wurde auf Bitte der Wittwe W., weil sie nicht im Stande seye, mit 1 fl. Unterstützung auch nur den nothdürftigsten Lebensunterhalt sich zu verschaffen, durch stiftungsräthlichen Beschluß vom 8. September 1840 auf 1 fl. 30 kr. erhöht, später aber, nachdem ein Kind gestorben war, wieder auf 1 fl., zuletzt auf 40 kr. per Woche ermäßigt und im November 1843 ganz zurückgezogen, ohne daß hierüber ein besonderer stiftungsräthlicher Beschluß gefaßt worden wäre. Dagegen fällt in diese Zeit ein allgemeiner, übrigens nicht bekannt gemachter und auch der Wittwe W. nicht eröffneter, Beschluß des Stiftungsraths vom 12. August 1842 folgenden Inhalts:

„Nicht selten kommt es vor, daß Leute, welche öffent=

liche Unterstützung genießen, entweder in bessere Vermögensumstände gerathen, oder nach ihrem Tod noch Vermögen hinterlassen. Für alle derartige Fälle wird bestimmt, daß im einen oder im andern Fall die Stiftung die gereichte Unterstützung zurückzuverlangen berechtigt seyn solle, was auf alle dergleichen Personen ohne Ausnahme Anwendung findet; jedoch wird sich vom Stiftungsrath in jedem einzelnen Fall vorbehalten, ob und wie weit das Zurückforderungsrecht auszuüben sey."

Im Jahr 1844 verheirathete sich die Wittwe W. an den Beinwaarenfabrikanten S. in G., und befand sich im Jahr 1854 in solch' günstigen Vermögensumständen, daß sie in den Stand gesetzt war, das im Gesammtbetrag von 164 fl. 45 kr. erhaltene wöchentliche Almosen zurückerstatten zu können. Durch diesen Umstand fand sich der Stiftungsrath veranlaßt, von der früheren Wittwe W., jetzt verehelichten S., die in den Jahren 1840 bis 1843 empfangenen Unterstützungsgelder zurückzuverlangen. Die Verpflichtung zu diesem Rückersatz wurde jedoch von der S. bestritten und es verfolgte sofort der Stiftungsrath seinen dießfälligen Anspruch bei dem Civilgericht.

Die Klägerin (die Stiftungspflege) stützte denselben im Allgemeinen darauf, daß die Beklagte sich jetzt in guten Vermögensumständen befinde, und Unterstützungen, wie sie die Beklagte erhalten, nach der rechtlichen Natur der Sache, der Observanz der Stiftung und ausdrücklichen Gesetzen bloße Vorschüsse, d. h. unverzinsliche Anlehen seyen.

Das Oberamtsgericht G. erachtete dieses Vorbringen nicht als begründet und erkannte am 11. Mai 1855 auf Abweisung der Klage. Hiegegen appellirte die Klägerin, worauf der Civilsenat des Gerichtshofs in Ulm den 8. April 1856 das Urtheil des Oberamtsgerichts wegen Inkompetenz des Civilrichters aufhob, von nachstehenden Erwägungen ausgehend:

„Die Klägerin hat ihren Anspruch auf Zurückerstattung

der von ihr der Beklagten gereichten Armenunterstützung schon in erster Instanz nur aus dem Art. 2 des Bürgerrechtsgesetzes, ferner aus der Armenkastenordnung und dem K. Reskript vom 15. April 1817 in Verbindung mit der rechtlichen Natur der Sache, sowie aus einer angeblichen Observanz abgeleitet. Was nun

„1) die erwähnten Gesetze betrifft, so gehören dieselben unzweifelhaft dem öffentlichen Rechte an. Soweit daher ihren ausdrücklichen oder stillschweigenden Bestimmungen eine Pflicht der Rückerstattung der von der Beklagten empfangenen Armenunterstützungen entnommen werden will, beruht dieselbe nothwendig auf einem öffentlich rechtlichen und nicht auf einem privatrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Geber und dem Empfänger. Für einen hieraus abgeleiteten Klaganspruch erscheint also die Kompetenz des Civilrichters nicht begründet."

„2) Die Argumentation der Klägerin für ihre Behauptung, daß die rechtliche Natur der Sache für die Verpflichtung der Beklagten zum Rückersatze spreche, besteht darin, daß zunächst Jeder für seinen und seiner Kinder Unterhalt selbst zu sorgen habe, daß nur für den Fall der Unmöglichkeit dieser eigenen Fürsorge und in Ermanglung privatrechtlicher Verpflichtungen anderer Personen zur Alimentation, vermöge einer für solche Fälle der Noth eingerichteten zweckmäßigen Armenpflege, wie solches in Württemberg stattfinde, ein Anspruch auf Unterstützung aus den örtlichen Gemeinde- oder Stiftungskassen eintrete, daraus aber, daß diese Kassen nur für den Fall der Noth, also subsidiär verpflichtet seyen, sich von selbst ergebe, daß diese Armenunterstützungen nur den Charakter von Vorschüssen haben, welche natürlich zurückzufordern seyen, wenn der Empfänger später in die Lage komme, sie zurückerstatten zu können. Diese ganze aus der rechtlichen Natur der Sache entnommene Beweisführung bewegt sich hienach ausschließlich auf dem

Gebiete des öffentlichen Rechts und es kann daher aus ihr nicht die Behauptung einer privatrechtlichen Grundlage des Klaganspruchs entnommen werden. Somit kann auch hier dem Civilrichter das Erkenntniß darüber nicht zukommen, ob der Klaganspruch begründet sey."

„3) Wenn endlich der letztere auf ein angebliches Herkommen bei dem Stiftungsrath in G. gebaut wird, so würde ein solches lediglich die Frage, ob die Armenunterstützungen nur als Vorschüsse abgereicht werden, entscheiden, in keinem Falle aber geeignet seyn, die öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen der öffentlichen Kasse als der Geberin und dem Armen als dem Empfänger der Unterstützung in ein privatrechtliches umzuwandeln. Folglich ist auch hier für den Klaganspruch, soweit er auf das Herkommen gestützt wird, der Civilrichter nicht kompetent. Außerdem kommt in Betracht, daß die Klage weder unmittelbar aus einem Gesetze des Privatrechts, noch aus einem privatrechtlichen Akte, z. B. aus einem Vertrag abgeleitet worden ist."

In Folge dieser Inkompetenzerklärung der Gerichte wurde die Klage bei der Administrativjustizbehörde, zunächst bei dem Oberamt G. angebracht. Dieses erachtete sich, im Widerspruch mit der Beklagten, welche ungeachtet des vorausgegangenen Ausspruchs des höheren Civilgerichts den Streit ausschließlich zur Entscheidung durch den Civilrichter geeignet erklärte, für zuständig und erkannte den 13. Dezember 1858, daß die Beklagte zum Ersatz der in den Jahren 1840 bis 1843 empfangenen Unterstützung im Betrag von 164 fl. 45 kr. an die Stiftungspflege G. schuldig sey. Das Oberamt ließ sich von nachstehenden Gründen bestimmen:

„1) Die gesetzlichen Armenunterstützungen haben bei der nur subsidiären Verbindlichkeit der öffentlichen Kassen hiezu die Natur eines Prekarium und können daher zu-

rückgefordert werden, wenn der Unterstützte wieder zu Vermögen komme.[1]

2) Der Anspruch sey in den württembergischen Gesetzen — Kastenordnung, Titel von Hausarmen, und herzogliches Reskript vom 27. August 1717 — ausdrücklich als begründet anerkannt.

3) Die Stiftungspflege habe durch die seitherige Observanz, welche durch das Statut vom 12. August 1842 nur bestätigt worden sey, die Ersatzverbindlichkeit zur stillschweigenden Bedingung der Unterstützung gemacht. Der Stiftungsrath habe zu Aufstellung einer solchen Bedingung das Recht, ebenso wie er die Unterstützung an die Bedingung einer Arbeitsleistung knüpfen dürfe, weil dadurch die Natur und der Zweck der Armenunterstützung nicht beeinträchtigt werde."

Gegen die oberamtliche Entscheidung rekurrirte die Beklagte an die Kreisregierung, wobei sie in erster Linie auf der Behauptung der civilrichterlichen Zuständigkeit beharrte. Die Kreisregierung in Ulm erachtete jedoch die hierauf gestützte Einrede der Unzuständigkeit der Administrativbehörden mit dem Oberamte nicht als gegründet, und erkannte den 31. Mai 1859, unter Abänderung des erstrichterlichen Erkenntnisses, daß die Beklagte nicht schuldig sey, das in den Jahren 1840 bis

[1] Hier wird Mayer, Gemeindewirthschaft §. 163 Note 1 citirt, wo gesagt ist: „Auch die nicht in der Form von Anlehen gegebenen Unterstützungen können bei unerwartet eingetretener Zahlungsfähigkeit des Unterstützten von diesem zurückverlangt werden, indem sie nur auf den Grund einer subsidiären Verbindlichkeit und ihrer Natur nach als Prekarium gegeben werden". Diese Thesis ist in ihrer Allgemeinheit nicht richtig, wie denn auch der Verfaßer deren absolute Richtigkeit nicht behauptet, indem er nämlich weiter bemerkt: „Für diese seltenen Fälle kann jeder rechtliche Zweifel durch ein örtliches Statut beseitigt werden, nach welchem die Unterstützungen überhaupt unter der Bedingung des Ersatzes im Falle eines unerwarteten Vermögensanfalls gegeben werden".

1843 aus der Stiftungspflege empfangene Almosen an letztere zurückzuerstatten.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnisse wird zunächst die Frage von der administrativrichterlichen Kompetenz erörtert und zu Begründung dieser Kompetenz, neben Hinweisung auf die Ausführung des Gerichtshofs in Ulm, geltend gemacht, daß die Ortsarmenpflege in Württemberg unter Aufsicht der Regiminalstellen verwaltet und gehandhabt, daß die Theilnahme an den Wohlthaten einer öffentlichen Armenstiftung nicht nach privatrechtlichen Titeln, sondern nach Rücksichten der Staats- und Gemeindepolizei geregelt werde, daß hienach Streitigkeiten über die Theilnahme an einem derartigen Armeninstitut, wofern solche nicht durch einen Akt der Polizeigewalt ihre Erledigung finden, nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen abzuurtheilen seyen, woraus alsdann von selbst folge, daß auch der von einer örtlichen Armenstiftungspflege, als welche die Stiftungspflege in G. unzweifelhaft erscheine, gegenüber einer Person, welche Unterstützung erhalten, in Beziehung auf diese Unterstützung anhängig gemachte Streitfall dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehöre und somit die Entscheidung des Streits nach Art. 1 des Gesetzes vom 13. November 1855 der Verwaltungsjustiz anheimfalle. Aus diesen Gründen habe die von der Beklagten vorgebrachte Einrede der Inkompetenz keine Berücksichtigung finden können.

Die Sache selbst anbelangend, so unterstellte die Kreisregierung ihrem Erkenntnisse im Wesentlichen folgende Gründe:

„1) Faßt man den Inhalt des stiftungsräthlichen Beschlusses vom 18. August 1840, durch welchen der Beklagten erstmals eine wöchentliche Armenunterstützung von 1 fl. verwilligt wurde, und den Umstand in's Auge, daß diese Unterstützung — ohne den Rückersatz irgendwie zu bedingen — bald erhöht, bald vermindert, im November 1843 aber ganz zurückgezogen und in den vor-

liegenden, der Rechnung als Belege dienenden, Verzeichnissen ausdrücklich als „wöchentliches Almosen" bezeichnet wurde, so gelangt man zu der Ueberzeugung, daß es sich im vorliegenden Falle von der Unterstützung eines Ortsarmen, wie solche die Regel bildet, somit von einem für gewisse Zeitperioden zum Voraus fixirten regelmäßigen Almosen handelt, nicht aber von einer außerordentlichen Unterstützung in der Form eines unverzinslichen Anlehens oder eines Vorschusses auf Wiederersatz."

„2) Die Landesgesetze enthalten keine Bestimmung, nach welcher solche Almosengelder von der Armenpflege, welche sie geleistet, unter gewissen Umständen zurückgefordert werden könnten. Im Gegentheil läßt sich für die Beklagte, welche zur Zeit ihrer Unterstützung aus der Stiftungspflege in die Kategorie der Orts- oder Hausarmen gehörte, der Inhalt der vierten Kastenordnung vom 2. Januar 1615, Abschnitt: Hausarmen — „denen soll man umb Gotteswillen" u. s. w. anführen, während sich die weitere Bestimmung dieses Abschnitts „den dritten, so nicht als gar mit tieffer Armut" u. s. w. [2] auf den vorliegenden Fall nicht anwenden läßt,

---

[2] Die Kastenordnung von 1615 enthält in deren 2 Kapitel „Wenn man und mit was Ordnung aus dem Kasten geben, helfen und rathen, auch wie sich dieselbigen halten sollen," in dem Abschnitt „Haußarme" folgende Bestimmung:

„den andern so Haußarm seien, die Weib und Kinder haben, sich fromblich mit treuer Arbeit oder Diensten dem gemeinen Nutz oder sonsten wohin man sie gebrauchet, halten und sich doch hiemit, und besonders zu theuern Zeiten, nicht betragen und außbringen mögen, auch etwan gern arbeiten und dienen wölten, und nicht zu arbeiten oder zu dienen haben, Denen soll man umb Gotteswillen nach Gelegenheit ihrer Armut und der Personen vom armen Kasten oder dem täglichen Allmusen, so man ersamlet, Steur und Handreichung thun, ohne Hoffnung der Erstattung und Wiedergebens".

Nun folgen Bestimmungen über das Tragen von Bettlerzeichen, über die Verwarnung und Bestrafung solcher Almosenempfänger, welche sich einer verschwenderischen, müssiggängerischen Lebensweise hingeben, und darüber, daß den Unterstützten Gelegenheit zur Arbeit verschafft werden solle. In diesen Bestimmungen ist des eventuellen Wie-

da hier nicht eine fortlaufende, von Woche zu Woche reichende, für die nächste Nothdurft des Lebens bestimmte Unterstützung, sondern eine Unterstützung gemeint ist, welche dem Bedürftigen in Gestalt eines unverzinslichen Darlehens oder Vorschusses zum Zweck des bessern Betriebs seines Gewerbes u. s. w. in einer größeren, dem zu erzielenden Zwecke angemessenen, Summe gereicht wird. Diese Art der Unterstützung unterscheidet sich von dem periodischen Almosen auch schon dadurch, daß dieselbe nicht unter allen Umständen, sondern je nachdem das Vermögen der Armenpflege es zuläßt, Platz greift, während die Almosenreichung als eine absolute Aufgabe der Armenpflege erscheint, welche Aufgabe, soweit die vorhandenen Stiftungsmittel nicht ausreichen, von der Gemeinde zu lösen ist. Der Umstand, daß die Beklagte zur Zeit ihrer Unterstützung einen mit Schulden belasteten Hausantheil besessen hat, ändert an der Natur der ihr gereichten Unterstützung nichts."

„Was das Reskript vom 27. August 1717[3] betrifft,

---

derersatzes des empfangenen Almosens nirgends gedacht; alsdann heißt es aber weiter:

„Den Dritten, so nicht als gar mit tieffer armut beschweret seyn, sonder ein wenig Gütlin haben, oder einem armen Handtwerksmann, der sein Handtwerk, sonder hilff und fürsetzung, nicht anfahen noch treiben kan, muß man umb Gotteswillen auff wider geben, so sie es anderst mit der Zeit zuwegen bringen möchten, nach vermög des Castens und gelegenheit der Personen, zimblich leihen und fürsetzen, nnd die sollen mit dem Bettlerzeichen außer beweglichen Ursachen auch nicht beschwert werden."

„Den vierten, zur Zeit der Theurung, der sonder grossen Nachtheil seine Gütter nicht verkauffen kan, soll man, nach Vermögen des Castens und Gelegenheit der Person, auf widergeben leihen und fürsetzen." (Reyscher, Gesetzsammlung, XII. S. 646—648.)

[3] Dieses Reskript lautet wörtlich:

„Liebe Getreue. Wir haben eure zu Unserer fürstl. Kanzlei gethane Anfrage: ob nicht inskünftige die Verlassenschaft derjenigen Personen, so von denen Armenkästen sind verpflegt worden und ohne Notherben gestorben, Fremde aber zu ihrer Verlassenschaft eingesetzt haben, der Arme Cast um sein geraichtes Allmosen zuvor contentirt werden solle? alles mehreres Innhalts verlesen hören. Wann nun dergleichen Leute

so kann, abgesehen davon, daß dasselbe nur von der Inanspruchnahme der Verlassenschaft für den Armenkasten in Ermanglung von Notherben handelt, das Hauptmotiv der Entscheidung, daß nämlich das Almosen rechtlich als Geschenk erworben worden sey, nur gegen das Recht der Zurückforderung eines Almosens gedeutet werden."

„Die weiteren hieher gehörigen Gesetzesvorschriften sagen nirgends etwas von der Verpflichtung der Almosenempfänger zur eventuellen Rückerstattung der empfangenen Unterstützung; vielmehr sprechen dieselben übereinstimmend nur von der rechtlichen Verpflichtung der Gemeinden zur Armenunterstützung. So das Reskript vom 15. April 1817, Abschnitt II, während die unter Abschnitt IV, lit. d[4] vorkommende Bestimmung, in welcher von dem Vorbehalt der Wiederbezahlung durch die Empfänger die Rede ist, sich auf das Verhältniß der intervenirenden Amtspflege zu den einzelnen Gemeinden, nicht aber auf das

---

kümmerliche ersparte Verlassenschaft auf ein gar geringes sich erlauffen wird, zudeme sie das Allmosen tanquam donationem pleno jure acquiriren, als lassen wir die Sache in statu quo auf sich beruhen". (Reyscher, Gesetzsammlung XIII. S. 1079.)

[4] Das an sämmtliche gemeinschaftliche Oberämter und Magistrate des Königreichs gerichtete, die Versorgung der Armen und die Wirksamkeit der Wohlthätigkeitsvereine betreffende, Reskript vom 15. April 1817 besagt im Abschnitt II.

„Sowohl die ganz Armen, als auch solche, die zwar nicht ohne Vermögen, gleichwohl aber durch ungünstige Zeitumstände außer Stand gesetzt sind, sich und ihren Familien den nöthigen Lebensunterhalt zu verschaffen, haben das vollkommene Recht, von den Gemeinden, deren Mitglieder sie sind, den nöthigen Unterhalt zu verlangen".

Und unter Abschn. IV. lit. d. ist gesagt:

„Sollten auch Communen oder einzelne Weiler und Höfe, die in keinem Communverbande stehen, zu unvermögend seyn, um für alle ihre Bewohner hinreichend zu sorgen, so hat die Oberamtspflege nach Maßgabe der älteren Gesetze ihnen in der Maße Credit zu verleihen, daß sie entweder subsidiarisch oder principaliter für die Schuld, jedoch stets unter dem Vorbehalt der Wiederbezahlung durch die Empfänger der Hülfe, haften möge". (Reyscher, Gesetzsammlung XV. 1. Abtheilung S. 893.)

Verhältniß der letzteren zu den unterstützten Gemeindeangehörigen bezieht, somit auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden kann. So ferner die Bestimmungen §. 135 und 136 des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822,[5] Art. 7 des Gesetzes vom 17. September 1853, betreffend die Verhältnisse der zusammengesetzten Gemeinden,[6] und Art. 2 des revidirten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833.[7] Die Bestimmung des Art. 5 des Gesetzes vom 2. Mai 1852, betreffend einige Abänderungen des Polizeistrafgesetzes,[8] involvirt die Verbindlichkeit zum Rückersatz em-

---

[5] §. 135 des Verw.-Edikts lautet im ersten Absatz: „was insbesondere die Armenunterstützung betrifft, so ist bei Entwerfung des Jahresetats (der Stiftungen) mit möglichster Genauigkeit zu berechnen, wie viel nach dem Willen der Stifter und wie viel etwa noch weiter nach den Kräften der Stiftung im Ganzen zu diesem Zwecke verwendet werden könne oder solle". Und §. 136 „Bei der Unterstützung der Armen ist der Grundsatz festzuhalten, daß auch diejenigen Stiftungen, welche ganz oder zum Theile diesem Zwecke gewidmet sind, hiezu nur soweit es ohne Angriff ihres Vermögensfonds und ohne Abbruch ihrer sonstigen stiftungsmäßigen Ausgaben thunlich ist, in Anspruch genommen werden können, — bei der Unzulänglichkeit dieser Beiträge aber jeder Gemeinde die Fürsorge für ihre Armen obligt".

[6] Der zweite Absatz dieses Gesetzesartikels sagt: „die Unterstützung nothleidender Gemeindeglieder liegt jedem einzelnen Orte für seine Angehörigen ob, wofern nicht eine Uebereinkunft zwischen den Theilgemeinden dieselbe für eine Last der Gesammtgemeinde erklärt. Im Fall des Unvermögens eines Orts zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit, oder wenn im einzelnen Fall nicht ausgemittelt werden kann, welcher Theilgemeinde der Nothleidende angehört, hat die ganze Gemeinde für das Fehlende einzutreten, beziehungsweise die Unterstützung ganz zu übernehmen". (Reg. Bl. v. J. 1853 S. 392.)

[7] Art. 2 lautet: „Das Gemeinde-, Beisitz- und Heimathrecht gewährt die Befugniß, in der Gemeinde sich häuslich niederzulassen, und unter den gesetzlichen Bestimmungen sein Gewerbe zu treiben; sowie im Falle der Dürftigkeit den Anspruch auf Unterstützung aus den örtlichen (Gemeinde- oder Stiftungs-) Cassen". (Reg.-Bl v. J. 1833 S. 509.

[8] Art. 5 besagt: „Arme, welche zu ihrem persönlichen Unterhalte oder zu dem ihrer Familie öffentlicher Unterstützung bedürfen, sind in Ermanglung eigener zweckmäßiger Beschäftigung verbunden, die ih-

pfangener Almosen in keiner Weise und kann nicht einmal analog von Bedeutung seyn, denn das in concreto ohne den Zwang zur Arbeit abgereichte Almosen erscheint als eine unbedingte Unterstützung, wie solche für den einzelnen Fall jeder Zeit dem Ermessen des Kirchenkonvents, beziehungsweise des Stiftungsraths anheim gegeben ist."

„3) Eine die positiven Bestimmungen in fraglicher Richtung erläuternde oder ergänzende konstante Praxis besteht nicht. Ebensowenig liegt im gegebenen Fall ein der Landesgesetzgebung zu substituirendes Ortsstatut vor, indem dem stiftungsräthlichen Beschluß vom 12. August 1842 die Merkmale eines gemeingiltigen Ortsstatuts abgehen, insoferne jener Beschluß weder die zu dieser Giltigkeit erforderliche regiminelle Genehmigung erhalten hat, noch innerhalb der Gemeinde als bindende Norm bekannt gemacht worden ist. Gleichwohl hätte demselben in Beziehung auf die der Beklagten innerhalb der dem 12. August 1842 nachfolgenden Zeit gereichten Almosen ein Gewicht in dem Falle eingeräumt werden müssen, wenn der Almosenempfängerin von dem Inhalt des Beschlusses vor dem Empfang der Unterstützungsgelder specielle Eröffnung gemacht worden wäre. Daß dies geschehen, ist jedoch nicht nachgewiesen, womit denn der fragliche Beschluß auch in dieser beschränkten Ausdehnung jede Bedeutung für die rechtliche Beurtheilung des vorliegenden Falles verliert."

„4) Für das Bestehen eines die Berechtigung zur Rückforderung eines ausgetheilten Almosens begründenden örtlichen Herkommens in G. hat der Stiftungsrath

---

nen von der Ortsobrigkeit angebotene oder vermittelte Arbeit, welche ihren Kräften angemessen ist, gegen entsprechenden Lohn unweigerlich und fleißig zu verrichten. Sie können hiezu nöthigenfalls durch Strafen nach Maßgabe des Art. 24 des Polizeistrafgesetzes und andere Zwangsmaßregeln, z. B. Entziehung der Kost auf so lange, als sie nicht arbeiten, angehalten werden". (Reg. Blatt v. J. 1852 S. 99.)

genügende Beweismittel beizubringen nicht vermocht und seinem die Existenz einer entsprechenden lokalen Rechtsgewohnheit behauptenden Vorbringen kann um so weniger ein Werth beigelegt werden, als in einer Reihe von sonstigen Unterstützungsfällen die ausdrückliche Bedingung des eventuellen Wiederersatzes gestellt worden ist, wie denn auch der stiftungsräthliche Beschluß vom 12. August 1842 das Bestehen einer dießfälligen Observanz geradezu ausschließt. Denn, wenn wirklich ein rechtsgiltiges Herkommen in fraglicher Richtung bestände, hätte es weder einer ausdrücklichen Bedingung des eventuellen Wiederersatzes, noch des normirenden Beschlusses vom 12. August 1842 bedurft."

„5) Endlich kann nicht nachgewiesen werden, daß die Unterstützung an die Beklagte unter der ausdrücklichen Bedingung eventuellen Wiederersatzes verwilligt und unter dieser Bedingung von der Beklagten in Empfang genommen worden ist; es erscheint somit das ausgetheilte Almosen als eine der gewöhnlichen Art und Weise der Unterstützung von Ortsarmen und der Aufgabe einer Armenstiftung entsprechende Gabe, welche nicht zurückgefordert werden kann."

Gegen das Regierungserkenntniß machte die Klägerin von dem Rechtsmittel des Rekurses Gebrauch, worauf das K. Ministerium des Innern vermöge Erkenntnisses vom 10. Juli 1860 das Erkenntniß der Regierung bestätigte. Der Richter dieser Instanz ist hiebei von der Erwägung ausgegangen, daß

1) die der Beklagten seiner Zeit unter Berücksichtigung der Zahl ihrer Kinder gereichten „wöchentlichen Almosen" nach ihrer Bezeichnung, nach der Art und Weise und dem Zwecke der Leistung, sowie nach den Umständen, unter welchen jene um die fragliche Armenunterstützung nachgesucht hat, offenbar unter diejenige Kategorie der in dem zweiten Kapitel der vierten Kastenordnung vom 2. Januar 1615 erwähnten Unterstützungen

gehören, welche „ohne Hoffnung der Erstattung und Wiedergebens" [9] zu reichen sind, bei welchen also, im Gegensatz zu denjenigen Fällen, wo die Kastenordnung von einem „Leihen und Fürsetzen auf Wiedergeben" [10] von „angeheffter Vermahnung der Wiedergeltung" [11] von Leistungen „auf Wiedergelten" [12] spricht, eine künftige Ersatzleistung nicht in Aussicht genommen ist;

daß

2) das herzogliche Reskript vom 27. August 1717 [13] wie schon die Kreisregierung ausgeführt hat, keineswegs zu Gunsten des von dem Stiftungsrathe erhobenen Anspruchs geltend gemacht werden kann, und die Begründung desselben in ihren Konsequenzen vielmehr gegen einen solchen Anspruch sich anführen läßt;

daß

3) auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bei Armenunterstützungen der vorliegenden Art ein Rückforde-

---

[9] S. oben Note 2.

[10] Ebendaselbst.

[11] „Zum sechsten" — heißt es in der Kastenordnung — „arm vatterlosen Waisen, soll man zu Handtwerken, Schulen, zu Ehrn und haußhaltung, mit angeheffter Vermahnung der Widergeltung, wo ihnen ihr Hand so lang wirdt, mit höchstem Fleiß verhelffen". (Reyscher, Gesetzsammlung XII. S. 648.)

[12] In dem von den Siechhäusern handelnden Abschnitt der Kastenordnung ist vorgeschrieben:

„Gleichergestalt, wo arme unvermögliche, platerige, französische oder sonst presthafte Leut, so nicht Güter hetten, weren, welchen daheimen nit füglicher zu helffen, die mögen auch in die darzu verordnete Platerhäuser geschickt, daselbsten im Fall der Noth und Gelegenheit der Krankheit nach, die oben bestimpte Unsere dazu verordnete und besoldete Doktores und Wundartzten gebraucht, und von dem Allmusen, doch auf wiedergelten, so sie zu Vermögen kämen, geheilt, auch die Zeit ihrer Krankheit darvon zimblich unterhalten. Wo sie aber Güter hetten, ihnen auff dieselbige Güter auff wider Bezahlung fürgesetzt und geliehen werden u. s. w." (Reyscher, a. a. O. S. 657.)

[13] S. oben Note 3.

rungsrecht, wie solches der Stiftungsrath hier in Anspruch nimmt, nicht begründet werden kann, weil die aus reiner Mildthätigkeit gemachten Leistungen, also die eigentlichen Almosen, in Ermanglung einer besondern vertragsmäßigen Festsetzung überhaupt nicht zurückgefordert werden können, sofern nicht etwa in analoger Weise solche Gründe nachgewiesen werden könnten, welche nach den bestehenden Gesetzen zum Widerrufe einer Schenkung berechtigen, und weil ferner auch bei solchen Unterstützungen, welche in Folge des Art. 2 des Bürgerrechtsgesetzes,[14] also in Erfüllung einer gesetzlichen Verbindlichkeit gereicht worden sind, eine Zurückforderung nur in dem Falle Platz greift, wenn die Leistung irrthümlicher Weise ohne genügenden Grund geschah, wenn also insbesondere zur Zeit der Leistung eine Unterstützungsbedürftigkeit des betreffenden Individuums gar nicht vorlag, sondern von demselben fälschlicher Weise vorgespiegelt wurde, während eine spätere Aenderung der Vermögensverhältnisse des Letzteren für die Frage, ob zur Zeit der Unterstützung eine gesetzliche Verbindlichkeit der betreffenden Kasse hiezu bestanden habe, rechtlich ohne alle Bedeutung ist und mithin einen Grund zur Rückforderung nur in dem Falle abgeben kann, wenn hierüber vertragsmäßig etwas bestimmt worden ist;

daß aber

4) im vorliegenden Falle bei der Verabreichung der fraglichen Almosen ein Vorbehalt des dereinstigen Rückersatzes nicht gemacht worden ist, und daß ebenso wenig das Vorhandenseyn einer stillschweigenden hierauf gerichteten Verabredung angenommen werden kann, indem im Gegentheil die vielen Fälle, in welchen der Stiftungsrath den Vorbehalt des späteren Rückersatzes ausdrücklich gemacht hat, zur Genüge zeigen, wie wenig eine solche Ersatzleistung als Etwas betrachtet worden ist, was auch

[14] S. oben Note 7.

ohne besondere Verabredung sich von selbst verstanden hätte;

daß

5) aus den schon von der Kreisregierung angeführten Gründen weder von der Existenz eines giltigen Ortsstatuts, worauf das Rückforderungsrecht gegründet werden könnte, noch von einer dießfalls bestehenden rechtsgiltigen Observanz die Rede seyn kann;

daß endlich

6) nach der von beiden Theilen anerkannten Darstellung der Stiftungen in G. die Almosen- und Kirchenpflege unter anderem zur Verabreichung von Unterstützungen an Orts- und Hausarme und die erstere insbesondere zur Unterstützung armer Wittwen mit Brod und Geld bestimmt ist, und daß in Ermanglung einer gegentheiligen Bestimmung der Stifter angenommen werden muß, es seyen die fraglichen Unterstützungen, zumal sofern dieselben armen Wittwen gereicht werden, als reine Almosen, nicht aber als bloße Darlehen oder Vorschüsse zu betrachten, daß mithin der Ausschluß eines Wiederersatzes derartiger Unterstützungen auch als dem Willen der Stifter entsprechend anzusehen ist.

Nachdem der Stiftungsrath in G. seinen Rekurs sofort bis an den K. Geheimenrath verfolgt hatte, entschied diese höchste Administrativjustizbehörde den 5. November 1860, es seye die gegen das Erkenntniß des Ministerium des Innern vom 10. Juli 1860 erhobene Beschwerde abzuweisen, wobei sich zu Begründung dieser Entscheidung auf die ministeriellen Entscheidungsgründe bezogen wurde, mit welchen man im Wesentlichen einverstanden seye und zu deren Widerlegung die Rekursschrift Nichts von entscheidender Bedeutung vorgebracht habe.

Zusatz der Redaktion. Von dem K. Geheimenrath wurden zu vorstehender Entscheidung, wie bemerkt, keine besonderen Entscheidungsgründe gegeben. Es wurden jedoch die maßgebenden Grundsätze einer eingehenden Erörterung unter-

worfen, und es dürfte von Interesse seyn, einen Auszug aus diesen Erörterungen der vorstehenden Mittheilung anzureihen.

Gegen die Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden war bei dem K. Geheimenrath Seitens der Parteien eine Einwendung nicht mehr erhoben worden, und es wurde solche auch von dieser höchsten Administrativjustizstelle unzweifelhaft gefunden, da das behauptete Recht auf Rückforderung der seiner Zeit der Beklagten geleisteten Unterstützungen lediglich auf Gründe des öffentlichen Rechts gegründet worden, wie auch deren Reichung nur aus Gründen des öffentlichen Rechts nachgesucht und verwilligt worden ist.

Zur Sache selbst wurde

zu Punkt 1 der Gründe des Ministeriums der Zweifel aufgeworfen, daß es Angesichts der Note 2 angeführten Bestimmungen der Kastenordnung von 1615 scheinen könnte, als paßten die Verhältnisse, in denen die Beklagte sich zur Zeit der ihr gereichten Unterstützung befunden, eher auf eine der in Ziffer 3 und 4 aufgeführten Kategorieen, als auf die, deren in der zweiten Ziffer gedacht ist. Da nämlich die Kastenordnung a. a. O. unter den zu dieser gehörigen Hausarmen vorzugsweise solche Personen, welche sich mit Handarbeit als Dienstboten oder Taglöhner bisher zu ernähren gewohnt waren, dagegen unter denen der beiden andern Kategorieen vorzugsweise aus Mangel an Betriebsmitteln in vorübergehender Bedrängniß befindliche kleinere Gutsbesitzer und Handwerker im Auge gehabt zu haben scheint, könnte man anzunehmen versucht seyn, daß die Beklagte, als sie um Unterstützung aus Stiftungsmitteln nachsuchte, zu den Hausarmen nicht der erst-, sondern der beiden letzterwähnten Kategorieen zu zählen gewesen wäre. Denn sie besaß damals noch ein halbes, wenn auch mit Schulden beladenes Haus, und betrieb mit einem Gesellen das von ihrem Mann bisher geführte Drehergewerbe. Allein es dürfte einmal sich fragen, ob, — wenn auch die angeführten besonderen Verhältnisse bei der Subsumirung der zu unterstützenden Hausarmen unter die eine oder die andere der genannten Kategorieen vorzugs-

weise in Betracht kommen —, nicht doch auch noch arme Handwerker und Hausbesitzer, unter besondern Umständen (wo es sich nicht um bloß augenblickliche, sondern um Jahre lang fortdauernde Unterstützung, und zwar nicht zum Gewerbsbetrieb oder zur Anschaffung von Lebensmitteln im Falle vorübergehender Theurung auf kurze Zeit, sondern um Unterstützung zu dem durch den Gewerbsbetrieb allein nicht zu erlangenden nothdürftigen Lebensunterhalt für sich und ihre Kinder handelt) der ersten der genannten Kategorieen beigezählt werden können, wo die Unterstützung stattfindet „ohne Hoffnung der Erstattung und Wiedergebens". Und dann kommt es — ganz abgesehen hievon — bei Beurtheilung der Frage, ob die gegebenen Unterstützungen als Almosen auf Nichtwiederersatz oder als Vorschüsse auf Wiedererstattung beim Eintreten günstigerer Vermögens- und Erwerbsverhältnisse für die Unterstützte anzusehen, nicht darauf an, ob dieselben in der einen oder der andern dieser Modalitäten hätten gereicht werden sollen, sondern darauf, in welcher derselben sie wirklich gereicht wurden. Von diesem Standpunkte aus dürfte aber, nach der vorangegangenen Bitte der Beklagten um Gewährung der Mittel zum nothdürftigsten Lebensunterhalt für sich und ihre 6 Kinder von ½ bis 7 Jahren, bei der in dem Maaße von 15 kr. für jedes Kind wöchentlich bemessenen und von Woche zu Woche nach der Kinderzahl gereichten Unterstützung und deren Fortdauer in dieser Weise 3 Jahre und etliche Monate hindurch, wohl kein Zweifel obwalten, daß hier kein Vorschuß auf bessere Zeiten, sondern ein eigentliches Almosen, wie Kapitel 2 Punkt 2 der Kastenordnung sagt, „ohne Hoffnung der Erstattung und Wiedergebens" gereicht worden sey.

Nun könnte sich freilich noch fragen, ob diese letzteren Worte nicht bloß die Thatsache, daß ein Rückersatz in dergleichen Fällen in der Regel nicht stattfinden werde, bezeichnen, nicht aber den Anspruch auf solchen ausschließen sollen. Allein wenn die verschiedenen Ausdrücke erwogen werden, welche hier und weiter gebraucht sind, je nach den einzelnen

Kategorieen, wo unzweifelhaft nur vorschußweise, jedoch nach verschiedenen Abstufungen der Bedingungen bezüglich der Wiedererstattung und deren etwaigen Beitreibung gegeben werden soll: Punkt 2: „Steur und Handreichung ohne Hoffnung der Erstattung und Wiedergebens“ und dagegen dann Punkt 3: „auf Wiedergeben, so sie es anderst mit der Zeit zuwegen bringen möchten, ziemlich leihen und fürsetzen“; Punkt 4: „auf Wiedergeben leihen und fürsetzen“; Punkt 6: „arm vatterlosen Waisen soll man zu Handtwerken, Schulen, zue Ehre und Haushaltung, mit angehefter Vermahnung der Wiedergeltung, wo ihnen ihr Hand so lang wird, mit höchstem Fleiß verhelfen“. Dann weiter unten, wo von der Verpflegung und Heilung unvermöglicher Kranker in öffentlichen Krankenanstalten und den Kosten jener die Rede ist: „die mögen auch in die dazu verordnete Platterhäuser geschickt, daselbsten im Fall der Noth und Gelegenheit der Krankheit nach Unsere dazu verordnete und besoldete Doktores und Wundarzten gebraucht, und von dem Almusen doch auf Wiedergelten, so sie zu Vermögen kommen, geheilt, auch die Zeit ihrer Krankheit davon ziemlich unterhalten werden“, — so dürfte wohl kein Zweifel darüber obwalten, daß das nach Pkt. 2 ohne Hoffnung Erstattens und Wiedergebens gereichte Almosen etwas der späteren Rückforderung nicht Unterliegendes (den Fall der Erschleichung natürlich ausgenommen) zu betrachten seyn sollte. Mit dem Absprechen der Hoffnung auf Rückgabe wird, wie der hervorgehobene Gegensatz ergibt, auch der Anspruch auf Rückersatz abgesprochen.

Zu Punkt 2 der Gründe des Ministeriums wurde ausgeführt: Das Generalreskript vom 27. Aug. 1717 (Note 3) beantwortet die nach dem Eingang ganz allgemein an die fürstliche Kanzlei gebrachte Anfrage: „ob inskünftige die Verlassenschaft derjenigen Personen, so von denen Armenkasten sind verpflegt worden und ohne Notherben gestorben, Fremde aber zu ihrer Verlassenschaft eingesetzt haben, der Arme Kast um sein gereichtes Almosen zuvor contentiret werden solle“.

Hier deuten allerdings die Ausdrücke „so von denen Ar-

menkasten sind verpflegt worden" und „um sein gereichtes Almosen" darauf, daß hierunter nicht solche Fälle begriffen waren, wo die Unterstützungen blos leihweise bis auf bessere Vermögensumstände der Unterstützten hingegeben waren, indem es ja für solche Fälle der Anfrage gar nicht bedurft hätte, sondern solche Fälle, wie sie in Punkt 1 und 2 des 2. Kap. der A.K.O. aufgeführt sind, wo nämlich entweder der ganz Arme und Erwerbsunfähige nach Punkt 1 in einem Spital oder sonstiger öffentlicher Anstalt erhalten worden war, oder solche, wo nach Punkt 2 der Hausarme der dort bezeichneten Kategorie aus dem Armenkasten oder dem täglichen Almosen, so man ersammelt, Steuer und Handreichung ohne Hoffnung der Erstattung und Wiedergebens erhalten hatte. Allerdings scheint es, als sey schon damals der Zweifel erhoben gewesen, ob nicht auch solche, ursprünglich nicht leihweise gegebene Armenunterstützungen später aus dem von den Unterstützten sich durch Ersparniß Erworbenen sollen zurückgefordert werden können, wenn die Verpflegten ohne Notherben gestorben sind und ihre Verlassenschaft Fremden zugewendet haben. — Der Fall, da Jene noch zu ihren Lebzeiten in bessere Umstände gekommen wären, und dann auch keine weitere Unterstützung erhalten haben, ist in der Anfrage nicht mitbegriffen. In diesem Falle scheint vielmehr schon bei der anfragenden Stelle die Ansicht eines Rückforderungsrechts ganz ausgeschlossen gewesen zu seyn, da sie dieses selbst nach dem Ableben der verpflegten Person nicht einmal gegen deren Notherben, sondern nur gegen sog. lachende Erben anzuwenden gedachte. Auf der andern Seite ist aber auch der Fall nicht unter der Anfrage begriffen, wenn sich später herausstellt, daß der Verpflegte ursprünglich oder später bei noch fortdauernder Verpflegung Vermögen besessen, welches er verheimlicht und durch dessen Verheimlichung er die ursprüngliche Verwilligung oder die Fortdauer der Unterstützung erschlichen hatte — wo wohl über das Recht, diese zurückzufordern, kein Zweifel obwalten mochte.

Wenn nun aber die für die verneinende Beantwortung der gestellten Anfrage in dem besonderen derselben unterliegenden Fall in dem Reskript aufgeführten Gründe erwogen werden,

1) daß in der Regel bei der Sache doch nichts herauskommen würde, indem dergleichen Leute kümmerliche ersparte Verlassenschaft auf ein gar geringes sich belaufen werde, und

2) zudem sie das Almosen tanquam donationem pleno jure acquiriren,

so dürfte zwar nicht der erste blos politische, wohl aber der andere offenbar rechtliche Grund, daß dergleichen Gaben, als Schenkungen, pleno jure erworben seyen (den Fall geschehener Erschleichung der Schenkung ausgenommen), auch im konkreten Falle gerade ein triftiges Argument für die Entscheidung des Ministeriums des Innern darbieten.

Zu Pkt. 3 der Gründe des Ministeriums widerspricht die Rekurrentin, daß schenkungsweise geschehene Reichung der Unterstützungen, insbesondere der nicht aus freiem Willen, sondern in Folge der im Art. 2 des Bürgerrechtsgesetzes ausgesprochenen Verbindlichkeit gereichten Unterstützungen, zu vermuthen seye. In dieser Ansicht war die Stiftungspflege vorzugsweise geleitet durch die Bemerkung von Mayer (Note 1), daß auch nicht in der Form von Anlehen gegebene Unterstützungen bei unerwartet eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Unterstützten zurückverlangt werden können, indem sie nur auf den Grund einer subsidiären Verbindlichkeit und ihrer Natur nach als Prekarium gegeben worden. Allein die Bezugnahme auf eine nur subsidiäre Verbindlichkeit der öffentlichen Armenkassen zur Unterstützung der Orts-Armen beruht offenbar auf einem Mißverständniß oder einer unrichtigen Anwendung des Grundsatzes der nur subsidiär, gegenüber den zunächst privatrechtlich zur Alimentation Verpflichteten, eintretenden öffentlich rechtlichen Unterstützungspflicht der örtlichen Armenkasse, — wie solches

in einem Präjudiz des Civilsenats des Obertribunals in Sarwey's Monatschr. Bd. 8 S. 214 bis 215 ausgeführt ist. — Die versuchte rationelle Begründung aus der Natur der geleisteten Unterstützung als eines precarium aber ist völlig unklar, da es sich nicht um eine Folgerung auf einen Rechtsanspruch auf fernere Fortdauer bisher nur precario geschehener Leistungen für den, welchem zu Gunsten diese (die Almosen) gegeben worden, im konkreten Falle handelt, sondern darum, ob dasjenige, was dem Unterstützten nicht leihweise, vielmehr ohne Erwartung eines Rückersatzes, d. i. also schenkungsweise, gegeben worden, später, wenn derselbe unerwarteter Weise in bessere Umstände kommt, wieder zurückgefordert werden könne.

Und wenn daraus ein eventuelles Rückforderungsrecht der nicht blos leihweise gegebenen Unterstützungen hergeleitet werden will, daß diese nicht aus freiem Willen, sondern in Folge einer durch die Gesetze, insbesondere durch den Art. 2 des rev. Bürgerrechtsges. vom 4. Dez. 1833 dem Gemeinde-, Beisitz- oder Heimathberechtigten für den Fall der Dürftigkeit ertheilten Anspruch auf Unterstützung aus den örtlichen (Gemeinde- oder Stiftungs-) Kassen begründeten Unterstützungsverbindlichkeit der Letzteren gegeben worden seyen, so ermangelt auch diese Behauptung jeder Begründung in genanntem Gesetze, welches weder in diesem Art. 2, noch in den zu dem 3. Abschnitt desselben „Von den Rechten und Verbindlichkeiten der Gemeindebürger und Beisitzer" gehörigen Art 42—63 etwas von einer solchen eventuellen Rückersatzverbindlichkeit empfangener Unterstützungen enthält.

Ebensowenig enthalten die Generalreskripte vom 15. April 1817 aus der damaligen Theurungsepoche über Armenversorgung und Sustentation (R.-Bl. v. 1817. S. 165—168) bezüglich solcher Armenunterstützungen, welche nicht ausdrücklich nur leihweise gegeben worden, etwas von einer Rückersatzverbindlichkeit.

Ebensowenig endlich das Verwaltungsedikt in seinem Abschnitt von den Stiftungen.

Zu Pkt. 4 der Gründe des Ministeriums wurden kläg. Seits mehrere Fälle aus den Jahren 1837/1844 aufgeführt, in welchen für gereichte Armenunterstützungen, und zwar, wie es scheint, für solche, welche ohne den ausdrücklichen Vorbehalt späterer Rückforderung gegeben worden, das Gegebene ganz oder doch zum Theil nach dem Ableben der Unterstützten aus deren Nachlaß ersetzt worden. Diesen Fällen gegenüber sind von der Bekl. eine Mehrzahl von Fällen angeführt worden, wo der Stiftungsrath in den Jahren 1835—45 sich den Rückersatz aus der etwaigen Verlassenschaft der Unterstützten ausdrücklich anbedungen hatte. Hiedurch, wurde angenommen, werde das Bestehen einer bestimmten Praxis, wonach auch ohne ausdrückliche Ausbedingung der Rückersatz aus dem etwaigen Nachlaß des Unterstützten, dieser Rückersatz als von der einen Seite stillschweigend bedingt, von der andern stillschweigend zugesagt anzunehmen wäre, in hohem Grade zweifelhaft, und es könne daher eine solche Praxis nicht als erwiesen angenommen werden.

Zu Pkt. 5 der Gründe des Ministeriums wurde bemerkt: Daß der Stiftungsrathsbeschluß vom 12. Aug. 1842, dessen Genehmigung durch die aufsehenden Behörden und dessen ordnungsgemäße Publikation in der Gemeinde oder speziell an die, einer Armenunterstützung theilhaftig gewordenen, Individuen oder deren Vertreter nirgend nachgewiesen wurde, kein spezielles Ortsrecht, Ortstatut bilden konnte, — im Gegensatz überdieß mit den unter Pkt. 1 aufgeführten positiv rechtlichen Bestimmungen, — kann einem Zweifel nicht unterliegen. Der Beschluß zeugt nur von dem Bestreben des Stiftungsraths, aus dem Vermögen der Unterstützten zum Theil auch wieder Rückerstattung des Gegebenen zu erhalten, was ihm dann auch in einzelnen Fällen auf gütlichem Wege gelungen, während kein Fall vorliegt, wo das beanspruchte Recht in rechtlicher Entscheidung Anerkennung gefunden.

Zu Pkt. 6 wurde im Wesentlichen den Gründen des Ministeriums ohne weitere Ausführung beigepflichtet.

(K.)

II.

Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Praxis des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Schaafwaiderechte können auch ohne das berechtigte Gut veräußert werden.

Eine Schäferei besteht darin, daß eine oder mehrere Heerden Schafe zur Wollzucht gehalten werden.[1] Daß ein solcher Betrieb nicht, oder doch nur in sehr untergeordneter Weise dem Interesse des Guts, auf welchem die Schäferei sich befindet, daß er vielmehr dem Interesse des Besitzers des Guts dient, ergibt sich aus der Natur der Sache. Die mit der Schäferei verbundenen Waiderechte sind daher, eben weil sie für das herrschende Gut keine Zweckbestimmung haben, keine Realservituten im Sinne des römischen Rechts, sondern sie erscheinen als deutschrechtliche Dienstbarkeiten.[2] Als solche können sie auch ohne das berechigte Gut veräußert und auf Andere übertragen werden.[3]

Entsch. des Obertribunals v. 7. Nov. 1860 in S. der Gemeinde Oe. c. die Gemeinde H.

---

[1] Walter, deutsches Priv.-R. S. 144. Maurenbrecher, deutsches Priv.-R. S. 478.

[2] Maurenbrecher, a. a. O. S. 770. Walter, a. a. O. §. 131. Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2 S. 325, Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 147.

[3] Maurenbrecher, a. a. O. §. 348. Walter, a. a. O. S. 136. Wolff, deutsches Priv.-R. §. 126. Wenn gleich auch die deutsch-

2) Ersitzung von Reallasten.

Reallasten sind dingliche Rechte, bei welchen Quasibesitz und Ersitzung vorkommt. Zur Ersitzung der Reallasten ist aber erforderlich, daß die Leistung von dem Leistenden in der Absicht geschieht, eine auf seinem Grundstück ruhende Last damit abzuführen, und vom Empfänger mit der Absicht angenommen wird, ein solches dingliches Recht auszuüben.[4]

Entsch. des Obertribunals v. 10. März 1845 in S. G. c. Oe. W. und v. 1. Febr. 1861 in S. N. c. A.

3) Negatorienklage gegen eventuelle Dienstbarkeitsanmaßung.

Die Negatorienklage steht dem Eigenthümer gegen jede Störung, und jeden wenn auch erst drohenden Eingriff in die Freiheit seines Eigenthums zu.[5] Wenn daher eine Fußweggerechtigkeit über ein Grundstück auch nur eventuell, für den Fall daß der fragliche Weg nicht als ein Jedermann zugänglicher, öffentlicher Weg erkannt werden sollte, als ein privatrechtlicher in Anspruch genommen wird, so ist der Eigenthümer, welcher eine Dienstbarkeitsbelastung seines Eigenthums nicht anerkennt, jetzt schon eine richterliche Entscheidung über

---

rechtlichen Grunddienstbarkeiten regelmäßig ein herrschendes Grundstück voraussetzen, so ist dieß doch nicht nothwendig der Fall, und insbesondere dann nicht, wenn die Dienstbarkeit keine unmittelbare Beziehung auf ein herrschendes Gut hat, und es ist nicht abzusehen, warum eine solche Dienstbarkeit nicht auch z. B. einer Genossenschaft als solcher sollte zustehen können, in welchem Falle es bei einer Veräußerung der Unterstellung der Uebertragung auf ein anderes herrschendes Gut nicht einmal bedürfte. Vergl. Bluntschli, deutsches Priv.-R. (2. Aufl.) §. 86 S. 245. 246.

[4] Roßhirt, im Archiv f. Civ.-Pr. Bd. 8 S. 71. Dunker, Reallasten S. 99. 100. Derselbe in Reyscher, Zeitschr. Bd. 2. H. 2 S. 66. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 8 S. 186. 218.

[5] Volley in Sarwey's Monatschr. Bd. 2 S. 207. Puchta, Vorles. Bd. 1 §. 172 S. 334.

jene eventuelle Dienstbarkeitsanmaßung mittelst Erhebung der Negatorienklage zu verlangen berechtigt.

Entsch. des Obertribunals v. 9. Nov. 1860 in S. M. c. J.

4) Thatsächlicher Irrthum.

Ein thatsächlicher Irrthum ist nicht nur derjenige, welcher sich auf reine Thatsachen, auf die thatsächlichen Bedingungen der Anwendung einer Rechtsregel bezieht, sondern auch derjenige, welcher in einer unrichtigen Reflexion, einer unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel besteht. Ein Rechtsirrthum ist es nur, wenn über das objektive Recht, den Inhalt einer Rechtsregel geirrt wird, nicht aber wenn der Irrthum in der unrichtigen Anwendung einer Rechtsregel auf ein thatsächliches Verhältniß enthalten ist.[6]

Entsch. des Obertribunals v. 28. August 1860 in S. G. c. G.

5) Der Verzug des Käufers gibt für sich dem Verkäufer kein Recht zum Rücktritt und Weiterverkauf, und zur Klage auf das Interesse.

Nach den beim Kaufvertrag geltenden allgemeinen Grundsätzen gibt der Verzug, in welchem sich der Käufer[7] hinsichtlich der Vollziehung des Kaufvertrags mittelst Uebernahme der verkauften Sache und Entrichtung des Kaufspreises befindet, für sich allein und ohne eine besondere dießfällige ausdrückliche oder aus den Umständen sich ergebende stillschweigende Verabredung dem Verkäufer nicht die Berechtigung, seinerseits von dem Vertrage abzugehen, anderweitig über den Kaufsgegenstand zu verfügen und auf das Interesse gegen den Käufer zu klagen. Vielmehr hat derselbe nur das Recht, Vollziehung des Kaufs und Erstattung des ihm

---

[6] Savigny, System Bd. 3 S. 327.

[7] Ueber die Folgen der mora des Verkäufers vergl. Seuffert, Archiv, Bd. 2 Nro. 154. Bd. 3 Nro. 164. Bd. 11 Nr. 141. 230.

durch die Verzögerung zugefügten Schadens zu verlangen, wobei er aber selbst zunächst seine Verbindlichkeiten erfüllen, also mindestens die von ihm versprochene Leistung gehörig anbieten muß.[8] Nach der in l. I. §. 3 D. de periculo et commodo rei venditae (18, 6.) ausgedrückten, von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht abweichenden, und nicht eine Singularität für den Weinkauf enthaltenden[9] Disposition ist der Verkäufer im Falle der mora des Käufers zwar befugt, den Kaufsgegenstand für Rechnung des Letzteren zu verkaufen[10], oder nöthigenfalls sogar Preiß zu geben, wenn er ein Interesse daran hat, daß derselbe nicht länger in seiner Verwahrung bleibe. Er ist aber in beiden Fällen verpflichtet, dem Käufer möglichst wenig Schaden zuzufügen, somit zu jenen Mitteln erst dann zu greifen, wenn ihm ein anderes zu dem-

---

[8] Madai, Lehre von der Mora S. 451. Mommsen, Mora S. 306. Seuffert, Archiv Bd. 11 Nr. 139. Pauli, im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. 3 Nr. 6 S. 127. ff. 175 ff. Dagegen Thöl, Handelsrecht (3. Aufl.) S. 377. Seuffert, a. a. O. Bd. 2 Nr. 154. Bd. 5 Nr. 156. Bd. 8 Nr. 351. Bd. 11 S. 208. 209. Vergl. Entw. eines a. d. Handelsgesetzbuchs Art 354. 357.

[9] Mühlenbruch, Pand. Th. 2. §. 357 und §. 404. Wening, Ingenheim, Lehrbuch Buch III. Kap. 3 §. 242 Note 20. Zimmern, im Archiv für civ. Praxis Bd. 3 S. 121—131. Sonchay in Linde's Zeitschr. für Civil-R. und Prozeß Bd. 2 S. 455 und 468 ff. Vangerow, Leitf. Bd. 3. §. 617. Mommsen, Mora S. 312 Note 10. Der Ansicht, daß die fragliche Stelle nur singuläres Recht enthalte, sind dagegen: Madai, mora S. 466—471. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 1. §. 61. Stryk, usus modernus Pand. XVIII, 6. §. 6 p. 444—445. Auch Thibaut scheint dahin zu gehören, sofern er in seinem Lehrbuch (8. Ausg.) §. 99. 101 und 666 und im Archiv f. civ. Pr. Bd. 5 S. 332—337 die fragliche Gesetzesstelle und die darin enthaltene Disposition ganz übergeht.

[10] Manche behaupten, daß ein solcher Verkauf unter gerichtlicher Autorität geschehen müsse; es findet diß aber in den Gesetzen keine Begründung. Vgl. Thöl, Handelsrecht (3. Aufl.) Bd. 1 S. 376 Note 6 a. Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 156 a. E. Bd. 8 Nr. 351 S. 459. — Bezüglich der mora accipiendi beim Verkauf von Staatspapieren vergl. Zeitschr. für Rechtspfl. in Sachsen N. F. Bd. 3. S. 386.

selben Zwecke führendes und dem Käufer weniger schädliches Mittel nicht zu Gebot steht.[11] Auch hat er jedenfalls den Käufer, sofern solches thunlich, zuvor von seinem Vorhaben in Kenntniß zu setzen und ihm Gelegenheit zur Nachholung des Versäumten und zur Abwendung des ihm drohenden Schadens zu geben.[12] Aber auch in diesen Fällen ist die rechtliche Wirkung nicht die, daß nunmehr der Käufer berechtigt wäre, nicht mehr die Zahlung des Kaufschillings, sondern nur die Erstattung des Interesse zu fordern. Vielmehr ist der Käufer auch hier blos befugt, neben fortwährender Erbietung zur Erfüllung des Vertrags von seiner Seite, soweit solche ihm noch möglich, den Kaufschilling, beziehungsweise nach Abrechnung des durch den Wiederverkauf Namens des Käufers erzielten Erlöses, den Restbetrag des Kaufschillings und daneben den Ersatz der aufgewandten Auslagen und des etwaigen sonstigen Schadens zu verlangen. Letzteres ist namentlich auch der Fall, wenn es thunlich und mit dem Interesse des Verkäufers vereinbar ist, behufs der Aufbewahrung des Verkaufsgegenstandes entweder ein fremdes Lokal zu miethen oder ein eigenes Lokal, das er sonst vermiethet hätte, zu verwenden. Weder bestehende ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen noch die Konsequenz aus der Natur der Sache führen zu einem andern Ergebniß.

Entsch. des Obertribunals v. 30. Juni / 11. Juli 1851 in S. W. c. B.; v. 28. März 1855 in S. M. c. R.; v. 18. Dez. 1860 in S. R. c. A.

---

[11] Sintenis, Civilrecht Bd. 2 S. 213 Anm. 103 S. 214 Anm. 106 und Bd. 1 S. 242 Note 10. Westphal, Lehre vom Kauf §. 562. 563. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 §. 87. Pauli, a. a. O. S. 171.

[12] Mommsen, Mora S. 313 Ziff. 2 und 3. Wolff, mora S. 488. Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 156 Bd. 8 Nr. 351. S. 457, Bd. 11. Nr. 231. Pauli, a. a. O. S. 136 ff. 174. Dagegen Thöl, ausgewählte Entsch.-Gr. des O.-A.-G. zu Lübeck Nr. 77. Seuffert, a. a. O. Bd. 5 S. 195 f. Note 1. Vergl. Entw. eines a. d. Handelsgesetzbuchs Art. 357.

6) Kompensation illiquider Gegenforderungen.

Die Frage, ob die Zulässigkeit der Einrede der Kompensation im ordentlichen Prozesse durch das Erforderniß der Liquidät bedingt werde, ist in Theorie und Praxis bestritten, wobei insbesondere die Anwendbarkeit der Vorschrift in cst. 14 §. 1 Cod. de. compens. (4,31) auf das heutige Prozeßverfahren den Angelpunkt des Streits bildet. Von den Theoretikern verneinen manche die Frage unbedingt oder doch für den Fall, daß die illiquide Kompensationseinrede schon mit der Streiteinlassung verbunden worden;[13] andere bejahen die Frage und lassen illiquide Gegenforderungen der Regel nach nur dann zur Kompensation zu, wenn sie aus demselben Rechtsverhältnisse, ex pari causa, herrühren, während sie für andere illiquide Gegenforderungen die Regel aufstellen, daß die aequitas, das richterliche Ermessen über ihre Zulassung zu entscheiden, und ihre Verweisung ad separatum stets zu erfolgen habe, wenn zu ihrer Feststellung erst weit aussehende Verhandlungen erforderlich sind, oder sonst irgend eine Verschleppung droht.[14] Von den obersten Gerichten Deutschlands haben sich die Oberappellationsgerichte zu Zerbst (1842), zu Celle (1849. 1853), zu Darmstadt (1846, 1852), zu Cassel (1823, 1831,

[13] Glück, Pand. Comm. Bd. 15 §. 931 S. 77 ff. Weber, Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden Nr. 6, S. 62 ff. Kori, Theorie des sächs. bürg. Prozesses §. 87. Krug, die Lehre von der Kompens. §. 89 ff. Hartter, das römischdeutsche Recht der Compens. §. 65. Dernburg, Compensation §. 49 S. 463 ff. 476 ff.

[14] Hasse, im civ. Archiv Bd. 7 S. 194 ff. 203 ff. Bethmann-Hollweg, im rhein. Museum Bd. 1 S. 258 ff. Puchta, Pand. §. 289. Mühlenbruch, Pand. Bd. 2 §. 471 Note 11. Vangerow, Leitf. Bd. 3. S. 353 f. Arndts, Pand. §. 264. Note 8. Sintenis, Civ.-R. Bd. 2 §. 104 Note 42 S. 426 ff. Schweppe, röm. Priv.-R. Bd. 3 §. 628 lit. D. Tellkampf, im civ. Archiv Bd. 23 S. 235 ff.

1835, 1838) und zu Jena (1858) für die Verneinung unserer Frage ausgesprochen, und aus den Blättern für Rechtsanwendung in Bayern ist zu entnehmen, daß auch das Appellationsgericht des ehemaligen Rezatkreises (1825—1834) stets illiquide Kompensationen zugelassen hat,[15] wogegen das Oberappellations-Gericht zu Lübeck (1836, 1845 und 1852) sowie das hiesige Obertribunal die Frage bejaht haben.[16]

Schon am 22. Dezember 1829 wurde in der Appellationssache S. c. S. angenommen, daß die von dem Richter II. Instanz ausgesprochene Verwerfung der Kompensation des Beklagten mit illiquiden Erbschaftsforderungen gegen liquide Abrechnungsforderungen des Klägers ihre vollkommene Rechtfertigung nicht nur in dem Art. 18 des Exekutionsgesetzes, sondern auch in den gemeinrechtlichen Grundsätzen, namentlich in der cst. ult. Cod. de. compensat. (4,31.)[17] finde, soferne beiderlei Forderungen weder aus demselben Rechtsgeschäfte oder aus fortgesetzten Rechtsgeschäften gleicher Art entstanden, noch die Kompensation schon in der ursprünglichen Absicht der Parteien gelegen sey.

In der am 6. Juni 1833 von dem Obertribunal entschiedenen Appellationssache R. c. E. wurde ausgesprochen, daß die Streitfrage über die Zuläßigkeit der illiquiden Kompensationseinrede durch den Art. 18 des Exekutionsgesetzes für den Fall, daß Forderung und Gegenforderung nicht aus demselben Rechtsgeschäft entstanden, auch für den ordentlichen Prozeß verneinend entschie-

---

[15] Habicht, Erört. und Entsch. Bd. 1 S. 269—272. Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 366 S. 404 f. Bd. 7 Nr. 108. Bd. 8 Nr. 122 Bd. 14 Nr. 21. Hagemann, prakt. Erört. Bd. 7 N. 8. Dernburg, Kompens. S. 478. Heuser, Annalen Bd. 8 S. 34.

[16] Seuffert, a. a. O. Bd. 5 Nr. 123. Bd. 8 Nr. 33. Bd. 9 Nr. 145 und 279. Tafel, Civ.-Rechtsspr. Bd. 3 S. 64 f. Bd. 4 S. 165.

[17] Berufen wurde sich auf Hasse, im Archiv für civ. Pr. Bd. 7 S. 145. Volley, Comm. S. 882.

den worden seye,[18] und es wurde in das Präjudizienbuch der, lediglich auf den Art. 18 des Exekutionsgesetzes gestützte, Satz eingetragen, daß, wenn die Forderung liquid, die Gegenforderung aber illiquid und nicht aus demselben Rechtsgrund entsprungen sey, die formelle Wirkung der Kompensation verloren gehe.

Dieser Satz wurde dann auch am 12. Mai 1843 in der Appellationssache H. c. S. zur Anwendung gebracht.

In der am 25. Juni 1844 entschiedenen Appellationssache B. c. B. wurde die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche auf den Grund der cst. 14 §. 1 Cod. de compens. (4,31) die Regel aufstellen, daß auch im ordentlichen Prozeße die Gegenforderung, mit welcher gegen eine liquide Forderung kompensirt werden wolle, liquid seyn müsse, als die richtige anerkannt. Insbesondere, ist in den Motiven gesagt, kann dieß nach württembergischem Recht nicht bezweifelt werden, da nach diesem in Schuldklagsachen kein Unterschied zwischen ordentlichem und summarischem Prozeß besteht, und daher einem Gläubiger deßwegen, weil er den ordentlichen Rechtsweg betreten hat, wenn sich nachher zeigt, daß seine Forderung theilweise nicht bestritten wird, nicht verwehrt werden kann, sofort um Exekution hinsichtlich des Unbestrittenen und Verweisung der bestrittenen Punkte zum weiteren Verfahren zu bitten, da der Gläubiger nicht immer zum Voraus weiß, ob und wie weit der Beklagte die Forderung zugestehen oder bestreiten werde. Diese Befugniß muß dem Gläubiger zumal während des ersten Verfahrens und bis zum Beweisverfahren zu Statten kommen. Der Art. 19 des Exekutionsgesetzes verordnet deßhalb auch allgemein, daß, wenn ein Theil der For-

[18] Vergl. dagegen Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. 2 §. 532 Note 1, welcher dem Art. 18 des Exekut.-Ges. eine Anwendung auf den ordentlichen Prozeß nicht gestattet, und solchen auf den Fall der Einrede der Kompensation im Exekutivprozesse beschränkt.

derung in Hinsicht sowohl auf die Verbindlichkeit, als auf den Betrag anerkannt, der andere dagegen entweder bestritten oder noch nicht zur Liquidation gebracht ist, sogleich auf Ausscheidung des Liquiden und auf die geeigneten Verfügungen wegen dessen Leistung angetragen werden kann. Daraus, daß diese Bestimmung sich im Exekutionsgesetz befindet, darf nicht geschlossen werden, daß sie blos im Exekutionsverfahren, nicht aber im ordentlichen Prozesse Anwendung finde, denn diese Bestimmung ist eine bloße Wiederholung dessen, was im Landrecht Th. II Tit 1 §. 10 über die Verbindlichkeit zu Bezahlung eines mutuum gesagt ist und wobei von einer Verschiedenheit zwischen dem Exekutionsverfahren und dem ordentlichen Prozesse nichts erwähnt ist.[19]

In der am 29. Dezember 1851 entschiedenen Richtigkeitsklagsache W. c. F.[20] wurde gesagt, daß nach der von dem Obertribunal angenommenen Anwendung der Vorschrift in cst. 14 §. 1 Cod. de comp. (4,31) auf das heutige Prozeßverfahren die Statthaftigkeit der, wenn auch schon mit der Streiteinlaßung verbundenen, Einrede der Kompensation mit einer nicht verwandten, d. h. aus einem von dem der eingeklagten Forderung verschiedenen Rechtsgrunde entstandenen Gegenforderung davon abhänge, daß durch das Verfahren über die letztere die Entscheidung hinsichtlich der klägerischen Forderung nicht auf ungebührliche, den Kläger chikanirende Weise verzögert werde, was der Richter den Umständen des einzelnen Falls gemäß nach freiem Ermessen zu beurtheilen habe, und daß an diesem gemeinrechtlichen Grundsatze in Absicht auf das Prozeßverfahren durch die für das Vollstreckungsverfahren gegebene ähnliche Bestimmung des Art. 18 Abs. 2 des Exekutionsgesetzes nichts geändert worden seye.

---

[19] Bolley, Comm. Bd. 2 S. 901 Note 2 und S. 899.

[20] Seuffert, Archiv Bd. 5 Nro. 123. Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 3 S. 64 f.

Derselbe Grundsatz wurde in der am 16. Mai 1854 entschiedenen Appellationssache T. c. B. und in der am 17. Februar 1857 entschiedenen Appellationssache M. c. v. U. zur Anwendung gebracht.

In der am 7. / 18. Dezember 1860 entschiedenen Appellationssache S. c. R. handelte es sich nicht von der Einrede der Kompensation, sondern von Gegenforderungen, welche der Kläger der von dem Beklagten vorgeschützten liquiden Einrede der Kompensatian replicando entgegengesetzt hatte.[21] Da diese Gegenforderungen mit dem Gegenstand der Kompensationseinrede nicht verwandt, auch von dem Beklagten bestritten, somit illiquid waren, so entstand die Frage, ob auch auf diesen Fall die obenerwähnte Koderstelle und die auf solche gebaute Thesis des Obertribunals Anwendung finde. Diese Frage wurde von dem Obertribunal verneint. Grund und Zweck der fraglichen Bestimmung ist, zu verhüten, daß durch das Vorschützen illiquider Gegenforderungen die Entscheidung hinsichtlich der klägerischen Forderung nicht auf eine ungebührliche Weise verzögert und hiedurch dem Kläger nach langem Streiten die Hoffnung auf Befriedigung in Folge der Verurtheilung vereitelt werde. Dieser Grund und Zweck des Gesetzes trifft aber nur bei dem Kläger zu, welchem die illiquide Einrede der Kompensation entgegengesetzt wird, da nur bei ihm das Interesse möglichst baldiger Befriedigung besteht, während dem Beklagten durch die Zulassung der illiquiden Replik der Kompensation keinerlei Nachtheil in dieser Beziehung zugefügt wird. Wohl aber könnte durch die Anwendung der fraglichen Gesetzesbestimmung auf die Replik die Befriedigung des Klägers in hohem Grade verzögert werden. Es handelt sich lediglich darum, ob der Kläger nicht die eingeklagte Forderung ungeachtet der ihr entgegengehaltenen Einrede der

[21] Vergl. hierüber Heuser, kurhessische Annalen Bd. 5 S. 566. Schletter, Jahrb. Bd. 5 S. 149.

Kompensation, mit Rücksicht auf die replicando geltend gemachten Gegenforderungen, dennoch theilweise oder ganz zur Geltung bringen kann. Daß hierüber in demselben Rechtsstreite entschieden werde, hat für den Kläger ein naheliegendes Interesse, während ein Interesse des Beklagten für eine abgesonderte Entscheidung über die in der Replik geltend gemachten Gegenforderungen nicht besteht, somit auch ein Grund zur Verweisung der Replik der Kompensation zum abgesonderten Verfahren nicht vorliegt.

7) Kann eine in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebende, zu den weiblichen Freiheiten zugelassene Ehefrau für eine gemeinschaftlich mit ihrem Ehemann kontrahirte Schuld von dem Gläubiger nur auf die Hälfte des im Gante ihres Manns durchgefallenen Forderungsrests, oder auf die ganze unbefriedigt gebliebene ursprüngliche Schuldhälfte in Anspruch genommen werden?

Die Ansichten über diese Frage sind getheilt. Dafür, daß die Ehefrau nur auf die Hälfte des im Gante ihres Ehemanns durchgefallenen Forderungsrests belangt werden könne, hat sich ausgesprochen Bellino,[22] und mit ihm stimmen überein eine Entscheidung des Gerichtshofs zu Eßlingen vom 7. Dezember 1855 in S. W. c. F. und des Gerichtshofs zu Tübingen vom 14. Juli 1859 in S. M. c. D.; für die Verbindlichkeit der Ehefrau zu Bezahlung der ganzen unbefriedigt gebliebenen ursprünglichen Schuldhälfte sind dagegen Bolley,[23] Idler[24] und Reyscher,[25] und Entscheidungen des Gerichtshofs zu Eßlingen vom 16. No-

[22] in Sarwey's Monatschr. Bd. 8 S. 47.

[23] Ebendas. Bd. 2 S. 397 Note **).

[24] Ueber die Obliegenheit der Notare in Gantsachen u. s. w. (1840) S. 282. 311. 312. 313. 318.

[25] Württ. Priv.-R. Bd. 3 S. 97 Note 4.

vember 1850 in S. des v. P.'schen Rentamts c. K.'sche Pflegschaft, sowie des Gerichtshofs zu Tübingen vom 25. Mai 1860 in S. der M.'schen Ehefrau c. M.; das Obertribunal, bei welchem die Frage erst in jüngster Zeit erstmals zur Entscheidung gekommen, hat sich gleichfalls für letztere Ansicht ausgesprochen, und solche folgendermaßen begründet:

Nach dem Landrecht Thl. IV., Tit. 4, §. 2 sind die Socialschulden zunächst aus dem Errungenschaftsvermögen, und soweit dieses nicht reicht, von jedem Ehegatten zur Hälfte zu bezahlen. Es haftet also, wie dieß auch die Natur von Socialschulden mit sich bringt, jeder Ehegatte an sich für die Hälfte der Schuld. Dieß leidet zwar dann eine Aenderung, wenn die Ehefrau von der Rechtswohlthat des Verzichts auf den Acquäst Gebrauch macht, indem hiedurch das Societätsverhältniß rückwärts aufgehoben wird, und die Socialschulden mit dem Socialvermögen allein auf den Mann übergehen. Eine Ausnahme findet jedoch hinsichtlich solcher Socialschulden statt, für welche sich die Ehefrau ausdrücklich mit verbindlich gemacht hat. Bei diesen bleibt die Ehefrau dem Gläubiger nach wie vor für ihren hälftigen Antheil an der Schuld verhaftet, und hat nur den Regreß an den Mann. Er hätte also allgemeinen Grundsätzen gemäß sich hinsichtlich solcher, von beiden Eheleuten gemeinschaftlich eingegangener, Schulden nur mit der Hälfte seiner Forderung an den Mann, sofern dieser sich nicht etwa solidarisch verbindlich gemacht hat, mit der andern Hälfte aber an die Frau zu halten, und so wurde es auch nach älterem Rechte gehalten, indem die Hälfte der Schuld unmittelbar an die Frau verwiesen und dieser nur der Regreß an den Mann vorbehalten wurde.

Durch den Art. 68 des Pfandentwicklungsgesetzes ist jedoch auch in Absicht auf solche von der Frau mit übernommene Schulden bestimmt worden, daß der Gläubiger zunächst die ganze Schuld bei der Masse des Manns geltend zu machen habe, und ihm nur seine Ansprüche an die Frau vorbehalten bleiben sollen. Hiedurch ist also die principale Verbindlichkeit der Frau in eine subsidiäre verwandelt worden. Ge-

rade hieraus aber folgt, daß die Zahlung, welche der Gläubiger von der Masse des Manns erhält, nicht theilweise auch als Zahlung der Frau, sondern nur als Zahlung des Manns betrachtet werden kann, indem dieser nur allein als Principalschuldner erscheint. Nur während des Bestehens des Societätsverhältnisses, so lange der Mann Verwalter des Societätsvermögens ist, kann eine durch den Mann geleistete partielle Zahlung als gemeinschaftliche Zahlung beider Ehegatten betrachtet und an der Schuldhälfte jedes derselben pro rata in Abrechnung gebracht werden. Durch die Zulassung der Frau zu den weiblichen Freiheiten aber wird das Societätsverhältniß aufgehoben, der Ehemann, auf welchen das Socialvermögen übergeht, tritt auch allein als Principalschuldner ein, und die Frau haftet nur noch subsidiär, übrigens in dem Umfang, wie sie sich ursprünglich verbindlich gemacht hat, also bis zum hälftigen Betrag der gemeinschaftlich eingegangenen Schuld. Zahlungen aus der Masse des Manns kommen mithin der Frau zwar insoweit zu gut, als solche den hälftigen Betrag der Schuld übersteigen; wird aber der Gläubiger aus der Masse des Manns nur um den hälftigen Betrag seiner Forderung oder nicht einmal soweit befriedigt, so kann er nun die Frau auf die Hälfte der Schuld, wie sie beim Ausbruche des Gants bestand, in Anspruch nehmen, indem dieß der von der Frau übernommene Schuldantheil ist, und der Art. 68 des Pfandentwicklungsgesetzes an der Verbindlichkeit der Frau nichts weiter geändert hat, als daß sie erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Gläubiger bei dem Manne nicht zur Befriedigung gelangt.

Daß dieß der Sinn des Art. 68 des Pfandentwicklungsgesetzes ist, geht insbesondere daraus hervor, daß ausdrücklich gesagt ist, es bleiben dem Gläubiger, obgleich er sich nun zunächst mit der ganzen Forderung an den Mann zu halten hat, seine Ansprüche an die Frau vorbehalten, was nicht anders verstanden werden kann, als daß die Frau dem Gläubiger subsidiär in dem Umfang verhaftet bleibe, wie sie nach

früherem Recht von ihm in Anspruch genommen werden konnte. Auch würde es ganz gegen die Absicht der Kontrahenten verstoßen, wenn der Gläubiger die Ehefrau, welche sich ihm für die Hälfte der Schuld verbindlich gemacht hat, nur auf die Hälfte desjenigen Betrags sollte in Anspruch nehmen können, um welchen er bei dem Manne nicht befriedigt wurde.

Entsch. des Obertribunals vom 26. Oktober 1860 in S. M. c. M.

Der Grundirrthum der anderen Ansicht besteht in der Annahme, daß auch bei den Zahlungen aus der Masse des Mannes dieser als Repräsentant und Vorgesetzter der ehelichen Errungenschaftsgesellschaft erscheine, und dem zu Folge dasjenige, was aus seiner Masse bezahlt werde, zugleich hälftig an der hälftigen Schuld der Frau bezahlt seye; während durch die Anrufungder weiblichen Freiheiten die Errungenschaftsgesellschaft aufgelöstist, die ganze Socialschuld als eine Schuld des Manns erklärt wird, und also, was er oder seine Masse zahlt, nicht mehr aus dem Grunde einer Vertretung der Errungenschaftsgesellschaft bezahlt werden kann, und während nach dem Ausspruch des Gesetzes das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und der Ehefrau, wonach diese, wenn gleich nur subsidiär, für die Hälfte der Schuld verbindlich bleibt, fortbestehen soll.

8) Erziehungsrecht der Eltern.

a) Während der Dauer der Ehe steht dem Vater und der Mutter gemeinschaftlich und gleichmäßig das Recht zu, die in der Ehe erzeugten Kinder zu erziehen. In Kollisionsfällen aber, und wenn Vater und Mutter über die Art der Erziehung der Kinder sich nicht vereinigen können, ist der Regel nach der Wille des Vaters entscheidend,[26] mag man nun dieses vorzüglichere Recht des Vaters als einen Ueberrest des römischen Instituts der väterlichen Gewalt ansehen, oder richtiger aus der Eigenschaft des Vaters als des Fami-

---

[26] Hofacker, Princ. §. 552. Mühlenbruch, Pand. Th. 3 §. 548, Note 4. Arndts, Pand. §. 428. Sintenis, Civ.-R.

lienhauptes herleiten.[27] Es würde auch von entschiedenem Nachtheile für die Kinder seyn, wenn man der Mutter ein unbedingtes Einspracherecht einräumen wollte, indem dieß dazu führen würde, daß bei jedem ehelichen Zwiespalt über Erziehungsmaßregeln, deren Ausführung eingestellt werden müßte, bis von den Gerichten über den Widerspruch entschieden worden. Der Mutter steht nur zu, in dem Falle, wenn sie eine Verfügung des Vaters als für sich oder die Kinder nachtheilig erachtet, bei dem betreffenden Gerichte Einsprache zu erheben, welches, wenn ein augenscheinlicher und bedeutender Nachtheil zu befürchten ist, nöthigenfalls durch eine provisorische Verfügung dessen Abwendung bewirken kann. Uebrigens ist der Stimme des Vaters auch von dem Richter der Vorzug insolange einzuräumen, als nicht, nach vorgängiger hinlänglicher Untersuchung, erhellt, daß das wirkliche Wohl der Kinder durch die Erziehungsmaßregeln des Vaters bedroht ist, und das, was die Mutter beabsichtigt, mehr zum Vortheil der Kinder gereicht. Ist aber dieß wirklich der Fall, so muß die Rücksicht auf das Wohl der Kinder den Ausschlag geben, da dessen Förderung Grund und Zweck der Erziehung und Pflicht der Eltern ist, und daher durch das diesen zustehende Erziehungsrecht nicht gefährdet werden darf.[28]

Bd. 3 S. 128. Burchardi, im Archiv für civ. Pr. Bd. 8 S. 162 f. Vergl. auch das preuß. allg. Landrecht Th. II. Tit. 2 §. 70, wonach der Vater nur bei Kindern, welche das vierte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, gehindert ist, solche ohne besondere Gründe wider den Willen der Mutter ihrer Aufsicht und Pflege zu entziehen. Das österr. Gesetzbuch Thl. I. §. 147 bestimmt: „Die Rechte, welche vorzüglich dem Vater als Haupt der Familie zustehen, machen die väterliche Gewalt aus", und Zeiller bemerkt hiezu: „Der Grund, aus welchem der Ehemann überhaupt als das Haupt der Familie betrachtet werden muß, beweist auch, daß ihm in Rücksicht des Erziehungsgeschäfts größere Rechte zustehen. Denn obschon die Eltern in der Erziehung der Kinder einverständlich zu Werke gehen sollen, so muß doch im Fall eines Widerstreits ein entscheidender Wille eintreten, und dieser kommt dem Manne zu."

[27] Sarwey, im Archiv für civ. Pr. Bd. 31 S. 450.

[28] Schon nach römischem Recht konnte dem Vater die Erziehung

In Anwendung dieser Sätze wurde von dem Obertribunal den 22. Juni 1829 und 26. Febr. 1832 in S. H. c. H. die Einsprache der Mutter gegen die von dem Vater beabsichtigte Verbringung der Kinder in ein Institut darum verworfen, weil dieses Institut in gutem Rufe stehe und keine Gefährdung des Wohls der Kinder durch fragliche Maßregel zu befürchten seye. Dabei wurde jedoch im Hinblick auf die ehelichen Zerwürfnisse der Eltern verfügt, daß der Vater die Kinder nicht ohne Anzeige und Genehmigung der gerichtlichen Behörde aus dem Institute wieder entfernen dürfe.

Am häufigsten gibt, wenn die Eheleute getrennt von einander leben, die Frage Anlaß zum Streite, welchem der beiden Ehegatten die Kinder zur Erziehung übergeben werden sollen. Auch in dieser Beziehung entscheidet jedoch für die Regel und in sonst gleichen Verhältnissen der höhere Wille des Vaters, und seine Uebergehung erscheint nur, dann aber auch unbedingt gerechtfertigt, wenn das Wohl der Kinder es wirklich erheischt.[29]

Demgemäß hat das Obertribunal den 22. März 1830 in S. K. c. K. den Rekurs des Vaters gegen eine Provisionalverfügung, wodurch die Kinder der getrennt lebenden Mutter zur Erziehung überlassen worden, aus dem Grunde verworfen, weil dargethan war, daß der Vater die Sorge für die Kinder lediglich den häufig wechselnden Mägden überlassen, und deren Erziehung vernachläßigt hatte, gegen die Befähigung der Mutter zur Erziehung der Kinder aber nichts Stichhaltiges vorgebracht war. Uebrigens wurde dem Vater

---

seiner Kinder durch obrigkeitliche Entscheidung genommen werden, wenn er sich durch schlechtes Betragen derselben unwürdig gemacht, oder wenn er durch Krankheit oder andere Umstände unfähig dazu geworden. l. 1 §. 3. l. 3 §. 5. D. de lib. exh. (43, 30) vergl. mit l. 17 §. 13. 14. D. de inj. (47, 10) l. 22 §. 6. D. sol. matr. (24, 3) l. 13 §. 2 Cod. de sent. (9, 51). Burchardi, im Arch. f. civ. Pr. Bd. 8 S. 175 f. 179. 181. Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 410. Seuffert, Archiv Bd. 8 S. 373. 374. Bd. 14 Nr. 43.

[29] Tafel, Civ.-Rechtssprüche Bd. 3 S. 113. 114.

dabei vorbehalten bei veränderten Umständen, wegen Erziehung der Kinder anderweite Anträge zu stellen.

Dagegen wurde den 23. Juni 1847 in S. F. c. F., in Anerkennung des dem Vater regelmäßig zustehenden höheren Rechts, das gemeinschaftliche Kind, der Einwendungen der von ihrem Ehemanne thatsächlich getrennt lebenden Mutter ungeachtet, dem Vater zur Erziehung zugesprochen, da das Kind ein Knabe, welcher das siebente Lebensjahr beinahe zurückgelegt und den Schulunterricht bereits angetreten, und zur Erziehung eines in diesem Alter stehenden Knaben nach der Natur der Sache vorzugsweise der Vater berufen seye, auch das Ergebniß der ehegerichtlichen Verhandlungen, insbesondere die Benützung der Kinder durch die Mutter zu Bestellung von Liebesbriefen, Bedenken gegen eine zu Gunsten der Mutter zu treffende Verfügung erregen.

Ebenso sprach sich das Obertribunal den 26. Juni 1860 in S. A. c. A. für das vorgehende Recht des Vaters aus, soferne die von ihm getrennt lebende Mutter keine Gründe für die Annahme an die Hand zu geben vermocht habe, daß der Vater weniger in der Lage sich befinde, für die Erziehung seiner Kinder gebührende Sorge zu tragen, als die Mutter, vielmehr nachgewiesen seye, daß derselbe inzwischen und bis in die neueste Zeit für Unterhalt, Pflege und geordnete Erziehung seiner Kinder die erforderliche Vorsorge stets getroffen, beziehungsweise selbst übernommen habe und zu übernehmen im Stande seye, zudem die Kinder als Knaben von bereits vorgerückterem Lebensalter der mütterlichen Pflege weniger bedürfen, auch der Umstand, daß die Knaben in der katholischen Confession erzogen werden sollen, mehr für die Erziehung durch den katholischen Vater als durch die protestantische Mutter spreche.

Nur in den ersten Lebensjahren und zwar der Regel nach bis zum siebenten Lebensjahre ist ein Kind, wenn die Mutter gut prädizirt und zur Erziehung befähigt ist, auch ohne besondere sonstige dafür sprechende Gründe, dieser zur Erziehung zu überlassen, soferne das Kind bis zu

gedachtem Alter vorzugsweise der mütterlichen Wart und Pflege bedarf, und sein Wohl daher die Ueberlassung an die Mutter erfordert.[30] Dieß ist von dem Obertribunal schon mehrfach, so den 31. Januar 1839 in S. F. c. F., den 30. Okt. 1846 in S. B. c. B., den 17. Okt. 1858 in S. M. c. M., den 11. Dezbr. 1860 in S. K. c. M. und den 27. April 1861 in S. H. c. H. ausgesprochen worden.

In der am 31. Januar 1839 entschiedenen S. F. c. F. wurde zudem weiter anerkannt, daß das Anerbieten des Vaters, das bis dahin in der Pflege der Mutter befindliche Kind zu sich zu nehmen, keine Beachtung finden könne, indem der Vater nach den Akten nicht einmal mehr eine eigene Oekonomie führe, mithin die Verpflegung des Kindes dritten Personen überlassen müßte, vor welchen, selbst wenn es Mutter oder Schwester des Vaters seyn sollten, der eigenen Mutter des Kinds billig der Vorzug einzuräumen seye.

b) Für den Fall einer wirklichen Trennung der Ehe durch eherichterliches Urtheil erleiden die vorstehenden Grundsätze eine Modifikation durch die Bestimmung der Novelle 117, Kap. 7, wodurch demjenigen geschiedenen Ehegatten, welcher als der schuldige Theil erscheint, das Recht, die Kinder bei sich selbst zu erziehen, ab- und dem unschuldigen Theile zugesprochen wird.[31] Es kann also die Scheidung zur Folge haben, daß die Erziehung dem Vater genommen und der Mutter überlassen wird, wenn jener allein die Schuld der Ehetrennung trägt, und diese dagegen als schuldlos sich darstellt.[32] Doch gilt dieß nur insolange, als die Mutter sich nicht wieder verheirathet, in welchem Falle das römische Recht die Kinder wieder dem Vater zuspricht.[33] Es sind aber diese

[30] Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 409. 410. Tafel, Civ.-Rechtsspr. Bd. 3 S. 110—112. Hufnagel, Mitth. Bd. 1 S. 35. 36. Seuffert, Archiv Bd. 8 S. 375.

[31] Seuffert, Archiv Bd. 6 Nro. 213.

[32] Nov. 22 cap. 38. cst. un. Cod. ubi pup. (5, 49.) cst. 2. Cod. quando mul. tut. off. fung. pot. (5, 35.) Nov. 94 cap. 2.

[33] Cst. un. Cod. divort. facto. (5, 24). Voët, tit. de agn. et al. lib. §. 20. Burchardi, im Archiv für civ. Pr. Bd. 8 S. 180.

Bestimmungen keineswegs absolut bindend, da es, wie schon erwähnt, bei Entscheidung der Frage, welchem der Eltern die Erziehung der Kinder zu überlassen ist, nicht allein auf die Rechte der Eltern, sondern auch und hauptsächlich auf das Wohl der Kinder selbst ankommt. Schon das römische Recht läßt daher auch im Falle der Scheidung dem richterlichen Ermessen Raum, und jedenfalls ist es eine entschiedene Praxis der württembergischen Gerichte, die Rücksicht auf das Wohl der Kinder als ein wesentliches Entscheidungsmoment auch in dem Falle, wenn Schuld und Unschuld der beiden Ehegatten ausgemittelt ist, anzuerkennen, [34] und ebenso können, wo es das Wohl der Kinder erheischt, dieselben der unschuldigen Mutter auch im Falle ihrer Wiederverheirathung belassen werden. [35] Uebrigens darf der Richter von den gesetzlichen Bestimmungen nur alsdann abweichen, wenn überwiegende Gründe dafür sprechen. Trifft die Schuld der Ehescheidung beide Theile oder läßt sich solche nicht ermitteln, so treten die oben lit. a. aufgestellten Grundsätze ein.

In der am 15. Okt. 1831 entschiedenen Ationssache R. c. E. zog das Obertribunal, in Befolgung der vorstehenden Grundsätze, obwohl die Mutter bei dem Ehescheidungsprozeß als der schuldige Theil erklärt worden, zum Behufe der Entscheidung über deren Klage, das gemeinschaftliche Kind wegen Vernachläßigung desselben durch seinen Vater ihr zur Erziehung zu überlassen, ein Gutachten des Pfarramts und Gemeinderaths darüber ein, ob die Mutter zur Erziehung des Kindes fähig seye, und ob nach ihrer Wahrnehmung und

---

181. Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 408. 409. Sintenis, Civilrecht Bd. 3 S. 134 Ziff. 2 und Note 35.

[34] Kapff, Civilrechtsspr. Bd. 1 Nr. 41 S. 272—275. Hufnagel, Mitth. Bd. 1 S. 35. 36. Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 3 S. 110—112. Uebereinstimmend ist die Praxis der sächsischen Gerichte: Weber, Kirchenrecht, Th. 2 Abth. 3 S. 1313 Note 91. Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 269. Deßgl. die Praxis der hessischen Gerichte: Strippelman, Ehescheidungsrecht S. 409. Note 75.

[35] Strippelmann, Entsch. des O.-A.-G. zu Cassel Bd. 6 S. 6.

nach den bei den Nachbarn und Bekannten beider Theile anzustellenden Nachforschungen das Kind am besten von dem Vater oder der Mutter erzogen werden möchte. Da sich jedoch hienach keine überwiegende Gründe für die Annahme ergaben, daß das Kind von dem Vater keine ordentliche und von der Mutter eine bessere Erziehung erhalten werde, so wurde die Klage der Mutter abgewiesen. Es wurde dabei in Betracht gezogen, daß das Kind als ein Knabe eine männliche Erziehung erfordere und als zu bäuerlicher Landwirthschaft bestimmt, für diese eher von dem Vater als von der Mutter herangezogen werden könne, besonders aber daß dem Vater das Kind, welches ohne erweislichen Nachtheil bei ihm bisher sich befunden, nicht erst jetzt, nachdem es mehr herangewachsen und daher die mütterliche Pflege leichter entbehre, entzogen werden könne.

In der von dem Obertribunal am 15. Nov. 1834 entschiedenen Ationssache L. c. H. wurde das gemeinschaftliche Kind dem Vater zugesprochen, obgleich derselbe in dem Ehescheidungsprozesse als schuldiger Theil erklärt worden war. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde angeführt, daß der Vater ein ordentliches Gewerbe treibe, mithin auch seinen 10½ Jahre alten Knaben für dasselbe bilden könne, während die Mutter ganz vermögenslos seye und somit keineswegs die zur Erziehung des Knaben erforderlichen Mittel besitze, vielmehr zu befürchten stehe, es möchte dieser mit Beseitigung seiner geistigen und sittlichen Ausbildung zum Erwerbe von Ernährungsmitteln verwendet werden; daß ferner der Vater nach den vorliegenden Zeugnissen wohl befähigt seye, ein Kind zu erziehen, und endlich, obgleich die Frau der Form nach als unschuldiger Theil behandelt worden, nach den Akten sehr zweifelhaft seye, welchem der beiden Gatten die Entstehung der ehelichen Mißverhältnisse in Wirklichkeit zugeschrieben werden müsse.

In der Ationssache K. c. R. wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 25. Juni 1852 das Kind der Mutter zur Erziehung überlassen, obwohl solche sich in-

zwischen wieder verheirathet hatte. Es wurde in den Motiven gesagt, daß, da das Kind ein Mädchen, schon deßhalb anzunehmen seye, daß die Mutter zu dessen Erziehung besser sich eigne, als der Vater, was auch durch die Wiederverheirathung des letzteren nicht ausgeglichen werde, indem von einer Stiefmutter sich die Liebe zu dem Kinde, und diejenige Sorge für dessen Wohl nicht erwarten lasse, wie von der leiblichen Mutter. Sodann aber stehen der Mutter auch viel günstigere Zeugnisse zur Seite als dem Vater, indem ihr bezeugt werde, daß sie von der Schule an geordnet, still und mild in ihrem ganzen Wesen gewesen und von christlichen Eltern wohl erzogen seye, während der Vater als roh, habsüchtig und ohne Sinn für ein humanes Leben geschildert werde. Außerdem habe die Mutter, der das Kind bisher überlassen gewesen, durch die That gezeigt, daß dasselbe gut bei ihr versorgt seye, während der Vater seine Theilnahme für dasselbe inzwischen in keiner Weise bethätigt und nicht einmal die erforderlichen Alimente habe bezahlen wollen.

In der am 11. Januar 1830 entschiedenen Ationssache R. c. v. S. war das Erziehungsrecht des Vaters unbestritten, es verlangte die von demselben geschiedene und inzwischen wieder verehelichte Mutter nur, daß ihr die gemeinschaftlichen Kinder jährlich zweimal auf einige Wochen in ihren Wohnort nach Pforzheim geschickt werden. Dieses Verlangen wurde zurückgewiesen, da dem Vater nicht zugemuthet werden könne, seiner abgeschiedenen Gattin, welche als schuldig geschieden worden, ohne daß sie auch nur scheinbare Gründe zur Trennung von ihrem Gatten gehabt, seine Kinder in einen, in einem fremden Staate gelegenen, Ort zu senden, und sich dadurch der Gefahr auszusetzen, falls die Mutter zur Zurücksendung der Kinder nicht geneigt wäre, vor einem fremden Richter mit ungewissem Erfolge als Kläger auftreten zu müssen, und die Kinder seiner Aufsicht und Erziehung und seinem Umgange während eines langen Verfahrens entzogen zu sehen.

9) Wem liegt nach erfolgter Ehescheidung die Alimentation der in der Ehe erzeugten Kinder ob?

Diese Frage ist von dem Obertribunal in seinen Entscheidungen nicht gleichförmig beantwortet worden. In einem im Jahre 1837 entschiedenen Falle ist von demselben der Satz aufgestellt worden, daß die allgemeine Vorschrift des württembergischen Rechts (Landrecht Th. 4 Tit. 4 §. 6, wonach die Alimentation der in der Ehe erzeugten Kinder eine gleichmäßige Verpflichtung beider Ehegatten ist, auch nach erfolgter Ehescheidung Anwendung finde, da das Rechtsverhältniß beider Eltern zu den Kindern dadurch eine Aenderung nicht erleiden könne, daß daher die Mutter gleich dem Vater verbunden seye, zu dem auf die Ernährung und Erziehung der Kinder zu machenden Aufwande auch nach der Scheidung die Hälfte beizutragen.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Jan. 1837 in S. G. c. St.

Dagegen hatte das Obertribunal früher angenommen, daß die Verbindlichkeit zu Ernährung der ehelichen Kinder zunächst auf dem Vater ruhe, und er dieser Pflicht durch die Ehescheidung nicht entbunden werde, was insbesondere aus der Nov. 117 erhelle.

Entsch. des Obertribunals v. 15. Okt. 1831 in S. R. c. E.

Neuerdings aber hat das Obertribunal, in Uebereinstimmung mit einer von Hufnagel[36] mitgetheilten Entscheidung eines Gerichtshofs vom 15. November 1833 ausgesprochen, daß für die Zeit nach der Scheidung der Ehe dem Vater allein die Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten der Alimentation der aus der geschiedenen Ehe vorhandenen Kinder obliege.[37] Berufen wurde sich hie-

[36] Mitth. Bd. 1 S. 34 ff.

[37] Und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vater oder die Mutter der schuldige Theil bei der Scheidung waren. Entsch. des Obertribunals vom 29. August 1837 in S. Sch. c. Sch. Dagegen ist

für auf die Bestimmung des römischen Rechts in der Nov. 117 cap. 7: „ex patris substantia indubitanter alendi",[38] welche Bestimmung durch das württembergische Recht nicht abgeändert worden seye. Insbesondere finde die Bestimmung des Landrechts Th. IV. Tit. 4 §. 6, wonach der Aufwand auf die Kinder während der Ehe auf beider Eheleute Kosten zu geschehen habe, hier keine Anwendung, da diese Gesetzesstelle das Bestehen der ehelichen Errungenschaftsgesellschaft voraussetze, während durch die Scheidung die Aufhebung jeder ehelichen Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten bewirkt werde.[39]

Entsch. des Obertribunals v. 7. Dez. 1858 in S. F. c. R.; v. 11. Dezember 1860 in S. K. c. M.

Die Frage, welchem der beiden geschiedenen Eltern die Kinder zur Erziehung zu überlassen sind, ist auf die Alimentationspflicht ohne Einfluß. Der Klage des Kindes oder seines Vertreters gegen den Vater auf Verabreichung von Alimenten kann das Verlangen der Uebernahme des Kindes in eigene Verpflegung nicht als Einrede entgegengehalten werden. Denn darüber, bei welchem der Eltern das Kind zu erziehen ist, kann nur in einem Rechtsstreit zwischen Vater und Mutter entschieden werden, insolange aber bis

---

Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 408, der Ansicht, daß, wenn die Ehescheidung auf den Grund einer beide Eheleute treffenden Schuld erfolgt ist, der Mutter obliege, gleichfalls zu den Kosten der Erziehung und Ernährung beizutragen, soweit sie hiezu nach Bestreitung der Kosten ihres eigenen Unterhalts im Stande ist.

[38] Glück, Comm. Bd. 27 S. 103. Boehmer, jus eccl. prot. Tom. IV Lib. IV tit. 19 §. 48. Hofacker, princ. jur. civ. Tom. I. §. 406. Lauterbach, Coll. Pand. L. 24 tit. 2 §. 25. Schweppe, römisches Privatrecht Bd. 4 §. 717. Makeldey, Lehrb. Bd. 2 §. 542. Fritz in Löhrs Magazin für Rechtsw. und Gesetzgeb. Bd. 4 Nro. XII. Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 407 Note 68.

[39] Dem natürlichen Recht und der heutigen Rechtsansicht entspricht wohl mehr die im Jahre 1837 aufgestellte Thesis und es dürfte sich fragen, ob sie sich nicht nach württembergischem Rechte retten ließe.

hierüber entschieden und ein dem Verlangen des Vaters entsprechendes Urtheil ergangen ist, hat dieser die seinem Kinde schuldigen Alimente fortzuentrichten.

Entsch. des Obertribunals vom 29. August 1837 in S. Sch. c. Sch.; vom 7. Dezember 1858 in S. F. c. R.; v. 27. April 1861 in S. H. c. H.

10) Klagerecht der von ihrem Ehemann getrennten ehelichen Mutter auf Ersatz der von ihr erst aufzuwendenden Alimente auf die in ihrer Pflege befindlichen Kinder.

Die von ihrem Ehemann getrennte eheliche Mutter, welcher ein Kind aus der getrennten Ehe zur Erziehung und Ernährung überlassen ist, kann von dem alimentationspflichtigen Vater des Kindes nicht nur Ersatz der bereits aufgewendeten Alimente, sondern auch seine Verurtheilung zum Ersatze des zukünftigen Alimentenaufwands mit der Geschäftsführungsklage verlangen, wenn dieser Ersatzanspruch darauf gegründet wird, daß das Kind von der hiezu berechtigten Mutter bei sich ernährt und erzogen, und hiedurch von ihr zugleich eine dem alimentationspflichtigen Vater obliegende Verbindlichkeit erfüllt werde. Denn in diesem Fall ist es nicht die dem Vater seinem Kinde gegenüber obliegende Verbindlichkeit zur Alimentation für sich allein, aus welcher geklagt wird, sondern es bildet das, durch die fortgesetzte Alimentation des Kindes und die hierin liegende Geschäftsführung Seitens der Mutter begründete, Rechtsverhältniß von dieser zu dem Vater den eigentlichen Grund der Klage. Zu der so begründeten Klage ist aber die Mutter legitimirt, da es sich bei dieser Begründung lediglich um ein zwischen ihr und dem Vater bestehendes Rechtsverhältniß handelt.

Fraglich könnte nur seyn, ob die Klage bezüglich der zukünftigen Alimente schon als reif und die Mutter auch wegen des durch ihre Geschäftsführung erst erwachsenden Aufwands als klagberechtigt betrachtet werden kann.

Auch diese Frage ist jedoch zu bejahen, da es sich hier um ein fortdauerndes Verhältniß handelt, bezüglich dessen Feststellung auch für die Zukunft die Mutter ein in der Natur der Sache liegendes gegenwärtiges Interesse hat.

Wo ein solches rechtliches Interesse vorliegt, kann aber auch wegen noch nicht fälliger Leistungen geklagt werden, wie denn auch bei andern ähnlichen derartigen in die Zukunft hinausreichenden Verhältnissen eine Klage auf deren Feststellung für die Zukunft stets zugelassen wird.

Allerdings kann die Mutter in dem unterstellten Falle nur den wirklichen und nothwendigen Aufwand auf die Alimentation des Kindes von dem Vater ersetzt verlangen. Dieß hindert jedoch nicht, die jährlich zu ersetzende Summe zum Voraus und ohne weitere jedesmalige Liquidation, unter Zugrundlegung der durch die Erfahrung gegebenen Anhaltspunkte, festzusetzen. Nur darf diese Festsetzung den Mindestbetrag des erforderlichen wirklichen Aufwands nicht übersteigen. Auch versteht es sich von selbst, daß die Verurtheilung nur auf so lange erfolgen kann, als das Kind in Kost und Pflege der Mutter verbleibt, und daß im Falle einer eintretenden Veränderung der Verhältniße jedem Theil seine Rechte vorbehalten bleiben.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Dezember 1860 in S. K. c. M.

Uebereinstimmend hiemit wurde auch schon in früheren Fällen die von ihrem Ehemann getrennte eheliche Mutter zur Klage gegen den ehelichen Vater auf Verabreichung von Alimenten für das in der Pflege der ersteren befindliche gemeinschaftliche Kind auch für die Zukunft ohne irgend eine Einwendung für legitimirt erkannt.

Entscheidung des Obertribunals vom 31. Januar 1839 in S. F. c. F.; v. 30. Oktober 1846 in S. B. c. B.; vom 17. September 1858 in S. M. c. M.

11) In wie weit begründet Ehescheidung für den schuldigen Theil den Verlust des Heirathguts?

Das Landrecht setzt in Thl. II. Tit. 32 §. 1 die Strafe des Verlusts des Heirathsguts auf den Fall fest, „wenn ein Ehegemächt von dem andern ohne redliche Ursache hinweglaufen und darüber die Ehescheidung mit Urthel erkannt würde," und daß diese gesetzliche Vorschrift auch auf den Fall einer Scheidung wegen Quasidesertion Anwendung finde, ist in dem Generalreskript vom 29. Juli 1797 ausdrücklich verordnet. An einer redlichen Ursache fehlt es aber nur dann, wenn dem verlassenden Ehegatten nicht durch das eigene und zwar schuldhafte Benehmen des andern Gatten Anlaß zu der Weigerung, die Ehe fortzusetzen, gegeben worden ist.[40] Ist ein solcher Anlaß vorhanden, so ist der die Fortsetzung der Ehe verweigernde Gatte, auch wenn er im ehegerichtlichen Verfahren als der formell schuldige Theil zu behandeln ist, in Absicht auf die erfolgte Scheidung doch nicht als der allein schuldige Theil zu betrachten,[41] vorausgesetzt, daß in einem solchen Falle der andere Gatte nicht diejenigen Rechte gegen ihn in Anspruch nehmen kann, welche die Gesetze nach der Scheidung dem unschuldigen Theil gegenüber von dem alleinschuldigen einräumen.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Januar 1837 in S. G. c. St.

---

[40] Vergl. hierüber Fetzer in Sarwey's Monatschr. Bd. 7 S.67 ff.

[41] Darüber, ob ein Ehegatte „ohne redliche Ursachen" hinweggelaufen, hat, insoweit es sich um die Privationsstrafe handelt, der Civilrichter selbstständig zu entscheiden, welcher an das dießfällige Erkenntniß des Eherichters in dieser Beziehung nicht gebunden ist. Griesinger, Comm. Bd. 4 S. 1226 ff. Reinhardt, Comm. Bd. 1 S. 395. Weishaar, württ. Privatrecht Bd.1 §. 211 Ziff. 3 und Note f. vergl. Entsch. des Obertribunals vom 7. Dezember 1858 in S. F. c. R.

B. Prozeß.

12) Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung über die Suppression einer Pfründe.

Die Entscheidung der Frage, ob die Suppression einer Pfründe mit rechtlicher Giltigkeit erfolgt seye, liegt außerhalb der Grenzen der richterlichen Zuständigkeit. Denn wie die Errichtung eines Kirchenamts, so ist auch dessen Umgestaltung oder Aufhebung Sache der Kirchengewalt,[42] und nur diese hat darüber zu erkennen, ob die kirchenrechtlichen Voraussetzungen für eine Suppression im einzelnen Falle vorliegen. Hat die zuständige Kirchenbehörde dieses bejaht, und die Suppression ausgesprochen, so steht dem Gerichte eine Kognition hierüber nicht weiter zu, vielmehr hat dasselbe die Verfügung, so lange solche nicht von Seiten der Kirchengewalt für ungiltig erklärt und außer Wirkung gesetzt worden, mit allen ihren Wirkungen als zu Recht bestehend zu betrachten, und als eine feststehende Thatsache seiner Entscheidung zu Grund zu legen.

Entsch. des Obertribunals v. 17. Oktober 1860 in S. der Kirchengemeinde B. w. die K. O. F. K.

13) Gerichtsstand des Kontrakts bei Klagen von Ausländern gegen bayerische Unterthanen.

Nach §. 17 des Jurisdiktionsvertrags zwischen den Kronen Württemberg und Bayern vom 31. August 1821 findet der Gerichtsstand des Kontrakts dann seine Anwendung, wenn sich der Kontrahent zur Zeit der Ladung in dem Gerichtsbezirke anwesend findet, in welchem der Kontrakt geschlossen worden ist, und soll dieß besonders auf die auf öffentlichen Märkten geschlossenen Kontrakte und auf Viehhändel angewendet werden. Diese Bestimmung findet nicht bloß dann Anwendung, wenn der gegen einen württembergischen oder bayerischen Unterthanen auftretende Kläger ebenfalls dem Un-

---

[42] Richter, Kirchenrecht (3. Aufl.) §. 134 S. 252. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. 2 S. 666 ff. Walter, Kirchenrecht (11. Aufl.) §. 219 S. 359. Brendel, Kirchenrecht Bd. 2 S. 902, 907.

terthanenverbande von Württemberg oder Bayern angehört,[43] sondern auch wenn der Kläger Angehöriger eines dritten Staates ist. Durch den Jurisdiktionsvertrag sollten „die gegenseitigen Gerichtsverhältnisse festgestellt, also Bestimmungen darüber ertheilt werden, unter welchen Voraussetzungen gegen die an sich der Jurisdiktion des einen Staats unterworfenen Personen oder Sachen von den Behörden des andern Staats richterliche Verfügungen getroffen werden können (Eingang und §. 1—3 des Vertrags), und gegen die Annahme, es werde stets vorausgesetzt, daß die beiderseitigen Betheiligten, welche vor einem nach dem Vertrage zuständigen Richter handeln, Unterthanen des einen, beziehungsweise andern der kontrahirenden Staaten seyen, spricht eine Reihe von Bestimmungen des Jurisdiktionsvertrags, bei welchen von einer solchen Voraussetzung augenscheinlich nicht ausgegangen worden ist. (Vergl. §. 14—27.) Wird also ein württembergisches Gericht von einem Ausländer, welchem in Württemberg nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen[44] und nach den Bedürfnissen des internationalen Verkehrs regelmäßig gleiches Recht verwaltet wird wie dem Inländer,[45] in seiner Klagsache gegen einen bayerischen Unterthanen als Gerichtsstand des Vertrags angerufen, und treffen die dießfalls in dem Jurisdiktionsvertrag aufgestellten Erfordernisse zu, so ist das württembergische Gericht zuständig.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. August 1860 in S. D. c. E.

---

[43] Wie dieß der Gerichtshof zu **Ulm** in seiner Verfügung vom 10. Juli 1860 in obengenannter Sache angenommen hatte.

[44] **Mittermaier**, deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 304 N. 15. **Wächter**, württ. Priv.-R. Bd. 2 S. 82. 83.

[45] Insbesondere hat das Obertribunal schon in vielen Fällen in Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes die Arrestklage eines Ausländers gegen einen Ausländer bei württ. Gerichten zugelassen, und, im Fall dem Arrestgesuche Statt gegeben worden, die Kompetenz der württ. Gerichte auch für die Hauptsache anerkannt. Entsch. des Obertrib. v. 31. Juli 1829 in S. D. c. R.; v. 10. August 1833 in E. E. und Sch. c. St.; v. 25. September 1840 in S. B. c. B.; v. 28.

14) Widerruf eines Geständnisses aus dem Grunde des Irrthums über die daraus abzuleitenden Folgen.

Die Behauptung eines Irrthums über die aus dem Zugeständnisse einer bestimmten Thatsache für den Gestehenden sich ergebenden nachtheiligen thatsächlichen oder rechtlichen Folgen kann den Widerruf des Geständnisses nicht rechtfertigen. War der Gestehende dieser Folgen sich auch nicht bewußt, so hat dieß auf die Ernstlichkeit seines Willens, die fragliche Thatsache zuzugestehen, an sich keinen Einfluß, soferne es sich hiebei nur von dem Geständniß einer rein objektiven Thatsache und nicht von den daraus abzuleitenden Folgen handelt. Für die Wirksamkeit des Geständnisses genügt es, wenn aus den Umständen erhellt, daß für solches kein anderer Grund vorgelegen seyn konnte, als die Ueberzeugung von der Richtigkeit der zugestandenen Thatsache. Daß der Gestehende etwas ihm Nachtheiliges zuzugeben nicht geglaubt hat, thut nichts zur Sache, denn die Ueberzeugung des Gestehenden, etwas ihm Nachtheiliges zuzugestehen, ist kein Erforderniß eines giltigen Geständnisses.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Dezember 1860 in S. G. c. F.

15) Urkundenedition; gemeinschaftliche Urkunden.

Demjenigen gegenüber, welcher sich an einem Rechtsverhältniß, wenn auch nur in accessorischer Weise, durch Bürgschaftsübernahme oder Einlegung von Pfändern, betheiligt, erscheinen die über das Rechtsverhältniß aufgenommenen Urkunden, wozu auch die Einträge in Handelsbücher gehören,[46] als in seinen Angelegenheiten abgefaßt, als gemeinschaftliche, und sie verlieren diesen Charakter auch dadurch nicht, daß das betreffende Rechtsverhältniß inzwischen durch Tilgung der

---

Febr. 1846 in S. D. c. T.; v. 25. August 1857 in S. R. c. G.; v. 29. Dezember 1857 in S. A. c. A. Sarwey, Monatschr. Bd 3 S. 121. Bd. 13 S. 67 — 71.

[46] Hagemann, prakt. Erört. Bd. 6 S. 124.

aus demselben hervorgegangenen Schuld seine Erledigung erhalten hat. Demgemäß kann auch der Intercedent die Edition der Urkunden verlangen, welche das Rechtsverhältniß, wofür er intercedirt hat, betreffen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er ein rechtliches Interesse nachzuweisen vermag, indem der Grund der Editionspflicht lediglich in der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden liegt.[47]

Entsch. des Obertribunals vom 10. Juli 1860 in S. der K. Hofbank c. v. K.

16) Ueber die Befugniß des Oberrichters, einen unerheblichen, von dem Unterrichter auferlegten, zugeschobenen Eid von Amtswegen zu beseitigen. Reformatio in pejus.

Das Obertribunal hat bekanntlich seit lange den Grundsatz angenommen und befolgt, daß der Oberrichter befugt ist, eine vom Unterrichter gemachte Eidesauflage, wenn auch keine Beschwerde dagegen erhoben worden, von Amtswegen und zum Nachtheile des Anten zu beseitigen, wenn es nach der Ansicht des Oberrichters auf den Beweis des Thatumstands, worauf die Eidesauflage sich bezieht, gar nicht ankommt.[48] Dieß gilt auch von dem Falle, wo es sich nicht von einem nothwendigen, sondern von einem zugeschobenen Eide handelt. Denn wenn auch bei dem zugeschobenen Eid die im römischen Recht gegründete Vertragsnatur mit ihren Folgen noch immer in Betracht kommt, so ist doch nach dem heutigen Rechte der sehr heilsame Unterschied eingetreten, daß ein solcher Vertrag nicht mehr durch den unabhängigen Willen der

[47] l. 3 §. 14 D. ad exh. (10,4). Vergl. Vangerow, Leitf. Bd. 3 §. 708 I. Z. 3. cst. 7 Cod. de edendo (2,1) Glück, Comm. Bd. 4 §. 286 b. Bd. 22 S. 110. Bayer, Vortr. (8. Aufl.) S. 959. Linde in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. 1 S. 220 ff.

[48] Bolley, Verm. jur. Aufsätze Thl. I. S. 429. Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 1 S. 204. Hufnagel, Mitth. Bd. 2 S. 351. Seuffert, Archiv Bd. 2. Nro. 239. Württ. Archiv, Bd. 1 S. 57 ff. Berner-Schäfer, das Verf. in bürg. Streits. S. 600.

Parteien, sondern nur unter Aufsicht und Mitwirkung des Richters zu Stande kommen kann. Der Eid ist jetzt bloßes Beweismittel, und als vorherrschender Gesichtspunkt bei der Frage von der Zulassung desselben erscheint die Heiligkeit des Eides als einer religiösen Handlung. Eine Hauptaufgabe des Richters ist es daher, den Mißbrauch zu verhüten, der in der Leistung eines unnützen Eides liegen würde.[49]

Entscheidung des Obertribunals vom 2. November 1860 in S. W. u. Gen. c. G.

17) Die Erneuerung eines Restitutionsgesuchs aus demselben Grunde ist unstatthaft.

Nach der Bestimmung der Gesetze ist es unzuläßig, die rechtskräftig verworfene Restitution aus demselben Grunde zum zweitenmal nachzusuchen. Es verordnet nämlich die cst. 1 Cod. si saep. in int. rest. post. (2,44) „Si post sententiam Proconsulis contra vos latam desiderastis in integrum restitui, nec obtinuistis: frustra rursus, ut ea qaestio in integrum restitutionis agitetur, desiderastis appellare enim debuistis, si vobis sententia displicebat“ und derselbe Grundsatz ist in cst. 2 und 3 Cod. eod. wiederholt anerkannt. Die Doktrin ihrerseits setzt in dessen Anwendbarkeit sowohl bezüglich der prätorischen Restitution, als der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntnisse keinen Zweifel und stellt als allgemeinen Satz hin, daß die rechtskräftig verworfene Restitution aus demselben Grunde nicht zum zweiten Mal gesucht werden darf.[50] Dieß gilt auch von dem

[49] Heffter, System des Civilprozeßrechts (2. Aufl.) §. 228. Schmid, Handb. des Civ.-Proz. Th. 2 S. 348 Note 4. Savigny, Syst. Bd. 7 S. 85. 90. Osterloh, Lehrbuch des Civilprozesses S. 388.

[50] Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 124. Savigny, System Bd. 7 S. 129 ff. Linde, Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln Bd. 2 S. 375. Derselbe, Lehrbuch §. 425. Schmid, Handbuch des Civilprozesses, §. 244 S. 540.

Fall, wenn ein Restitutionsgesuch aus dem Mangel gehöriger thatsächlicher Begründung des geltend gemachten Restitutionsgrunds verworfen worden ist, und später auf den Grund einer besseren thatsächlichen Begründung erneuert werden will, da hiemit nicht ein neuer Restitutionsgrund geltend gemacht wird, dieser vielmehr derselbe bleibt, wenn er auch thatsächlich anders begründet ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. November 1860 in S. Sch. c. B.

18) Arrestjustifikation.

Die Justifikation eines vorläufig angelegten Arrests setzt voraus, daß das Arrestobjekt noch vorhanden ist; denn wo dieß nicht der Fall und das Objekt des Arrests nicht mehr vorhanden ist, kann von einer Bestätigung des vorläufigen Arrests wegen Mangels eines Objekts desselben keine Rede mehr seyn.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Mai 1860 in S. W. c. K.

19) Wird durch den Präklusivbescheid ein vor dessen Ausspruch nicht geltend gemachtes Vorzugsrecht einer selbst nicht von ihm betroffenen Forderung ausgeschlossen?

Das Verfahren über die Anmeldung und die Richtigkeit einer Forderung ist etwas Verschiedenes von der Geltendmachung des Vorzugsrechts derselben und ihrer Stellung in der Rangordnung der Gläubiger, wenn auch beides nach württembergischem Prozesse neben einander herzugehen pflegt. Es ist daher denkbar, daß eine Forderung zwar rechtzeitig angemeldet, aber der zur Geltendmachung ihres Vorzugsrechts anberaumte Termin versäumt wird, und in einem solchen Falle kann der Präklusivbescheid zwar nicht die Forderung, wohl aber das ihr etwa zustehende Vorzugsrecht treffen. Damit letztere Wirkung des Präklusivbescheids eintreten könne, ist jedoch erforderlich, daß in der Ladung die Aufforderung zur Geltendmachung der Vorzugsrechte und die Androhung

des Ausschlusses damit enthalten ist,[51] da die Aussprechung eines Rechtsnachtheils dessen vorangegangene Androhung voraussetzt. Die Strafe der Nichtbeachtung seines Vorzugsrechts kann daher einen Gläubiger, dessen Forderung aus den Gerichtsakten ersichtlich oder rechtzeitig angemeldet worden ist und welche daher selbst von dem Präklusivbescheid nicht betroffen wird, nur dann treffen, wenn er bei der an ihn ergangenen Ladung ausdrücklich damit bedroht worden ist. Ist dagegen die Ladung nur unter der Androhung ergangen, daß die nicht angezeigten oder nicht aus den Gerichtsakten bekannten Forderungen durch Präklusivbescheid von der Masse ausgeschlossen werden würden, so kann der Präklusivbescheid auf das Vorzugsrecht einer von demselben nicht selbst betroffenen Forderung nicht bezogen, und die nachträgliche Geltendmachung des Vorzugsrechts nicht als durch ihn ausgeschlossen betrachtet werden.

Entscheidung des Obertribunals v. 7. Juni 1851 in S. der Leihkasse M. c. S.

20) Vorzugsrechte sind auch im Falle eines Anerkenntnisses von Amtswegen zu prüfen.

Dadurch daß das von einem Gantgläubiger für seine Forderung angesprochene Vorzugsrecht von dem Gemeinschuldner und den übrigen Gläubigern nicht beanstandet oder sogar anerkannt worden ist, wird der Richter der eigenen Prüfung des Vorzugsrechts nicht überhoben, es wäre denn das Anerkenntniß animo obligandi abgelegt und somit die Priorität im Vergleichswege festgesetzt worden. Denn wenn auch eine Einwendung gegen ein Vorzugsrecht von keiner Seite erhoben wird, so folgt daraus nicht, daß der Anspruch auf dasselbe wirklich auch gesetzlich gerechtfertigt ist, während dieß, abgesehen von einer vertragsmäßigen

---

[51] Vergl. die Ministerialverfügung v. 5. Febr. 1835 Reg. Bl. S. 65. Schmid, Civilproz. Bd. 3 §. 217. 218. S. 293. Note 20. S. 309 Note 12. Danz, summ. Prozesse §. 182. Bayer, Concursprozeß §. 53 a. E. Martin, Civilprozeß §. 329. Linde, Civilprozeß §. 439.

Anerkennung, als die wesentliche Bedingung der Location in eine bevorzugte Klasse erscheint. Demgemäß ist der Richter verpflichtet, ein von ihm als ungegründet erkanntes Vorzugsrecht, auch wenn Gläubiger und Gemeinschuldner erklärt haben, daß sie nichts dagegen einzuwenden wissen, von Amtswegen abzusprechen.

Entsch. des Obertribunals v. 7. / 9. März 1849 in S. Sch. c. Leihkasse B. B.; v. 14. Okt. 1851 in S. W. c. M'sche Gläub.; v. 19. April 1854 in S. M. c. St. C.; v. 28. Juni 1860 in S. K. c. Leihkasse B. und Gen.

21) Das Vorzugsrecht III. Klasse der Kinder im Gante der Eltern wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der letzteren stehenden Vermögens hört mit der Beendigung des gesetzlichen Verwaltungsrechts nicht zugleich auf.

Das durch den Art. 11 des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825 den Kindern des Schuldners wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der Eltern stehenden Vermögens eingeräumte Vorzugsrecht der III. Klasse kann nicht mit dem Aufhören des gesetzlichen Verwaltungsrechts in demselben Augengenblicke als erloschen betrachtet werden, da sonst sein Zweck vereitelt werden würde; vielmehr muß dasselbe auch über jenen Zeitpunkt hinaus als fortdauernd angenommen werden, wenn nicht besondere, ein früheres Erlöschen begründende, Umstände vorliegen. Auch dadurch, daß ein Kind das betreffende Vermögen nach dem Aufhören des gesetzlichen Verwaltungsrechts der Eltern noch längere Zeit in deren Händen gelassen hat, geht das Vorzugsrecht nicht verloren. Zwar liegt der Grund dieses Rechts darin, daß die Kinder vermöge Gesetzes genöthigt sind, ihr Vermögen der Verwaltung der Eltern zu überlassen. Allein es ist in den Gesetzen keine Zeit vorgeschrieben, binnen welcher ein Hauskind sein Adventizgut nach Erlöschen des Nießbrauchs der Eltern bei Verlust des damit verbundenen Vorzugsrechts zurückzufordern hat,[52] weß-

[52] Wie dieß von dem Obertribunal auch schon in einer ältern

halb in Ermanglung einer dießfälligen gesetzlichen Bestimmung, namentlich einer festen Zeitgrenze nicht angenommen werden kann, daß ein solches Vorzugsrecht durch einen längeren oder kürzeren Zeitablauf erlösche, indem das Aufhören eines Rechts oder einer Klage in Folge Zeitablaufs ohne eine ausdrückliche Bestimmung der Gesetze nicht unterstellt werden darf, und ohne das Hinzutreten besonderer Umstände nicht ohne Weiteres gefolgert werden kann, es seye eine Aenderung des anfänglichen Verhältnisses in der Absicht der Betheiligten gelegen gewesen.[53]

Entsch. des Obertribunals v. 2. Juni 1860 in S. K. c. H'sche Gläubiger.

22) **Für eine künftige Forderung, insbesondere eine kaufmännische Kreditereröffnung, kann durch Beglaubigung der darüber aufgenommenen Urkunde ein Vorzugsrecht nicht bestellt werden.**[54]

Das Obertribunal hat stets angenommen, daß die Art. 13 und 15 des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825 nicht erst künftig, blos möglicher Weise entstehende Forderungen im Auge haben, sondern voraussetzen, daß zur Zeit der Ausstellung der Schuldverschreibung, welcher ein Vorzugsrecht in IV. Klasse zukommen soll, die betreffende Forderung schon bestehe, oder daß das Geld, um dessen Hingabe es sich han-

---

Entsch. vom 10. November 1843 (Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 4 S. 146 Ziff. 3) ausgesprochen worden ist.

[53] Der Rechtsfall, welcher obige Entscheidung veranlaßte, findet sich in dem neuesten Hefte von Tafel's auserlesenen Civilrechtssprüchen Bd. 4 S. 137. ff.

[54] Vergl. hierüber Sarwey, Monatschr. Bd. 13. S. 40. 41. Tafel, Civ.-Rechtssprüche Bd. 3 S. 319. Neuffer, Zeitschrift, Bd. 2 S. 302 ff. Bezüglich der Frage von der Begründung eines Vorzugsrechts für künftige Forderungen durch Unterpfandsbestellung vgl. Entsch. des Obertribunals v. 3. Januar 1840 in S. der K. Hofbank c. S'sche Erben. Seuffert, Archiv Bd. 13 Nro. 113. 132. 238.; deßgl. durch Ausstellung eines Wechsels. Vergl. Entsch. des Obertribunals v. 17. Juni 1842 in S. St. u. F. c. D. u. Gen.; v. 30. Dezember 1848 in S. d. Hofbank c. G'sche Gläubiger. Sarwey, a. a. O. Bd. 13 S. 40. 41. Bd. 15 S. 88 ff.

delt, (Art. 13. b. des Prioritätsgesetzes) wenigstens sofort auf den Schuldschein hin hergegeben werden soll.[55] Hiefür sprechen nicht nur die im Art. 15 gebrauchten Worte: „Schuldverschreibung", „Schuldschein", worunter im gewöhnlichen Sinn ein Beweismittel für eine bereits bestehende Schuld verstanden wird, sowie die Absicht des Gesetzes, möglichen Unlauterkeiten, namentlich durch Vordatiren der Schuldscheine, vorzubeugen, sondern es kommt auch in Betracht, daß es eine von den gewöhnlichen Rechtsregeln abweichende Singularität wäre, wenn, wie der Art. 15 allgemein ohne alle Unterscheidung bestimmt, mit dem Tage der Beglaubigung des Schuldscheins ein Vorzugsrecht für eine noch gar nicht bestehende Forderung begründet werden sollte, also nicht beides, der Bestand der Forderung und die Beglaubigung zusammentreffen müßte, während doch das Vorzugsrecht als bloßes Accessorium ohne die Forderung für sich allein nicht bestehen kann. Eine solche Singularität könnte wenigstens ohne eine unzweideutige und klare Bestimmung des Gesetzes nicht unterstellt werden; hieran fehlt es aber, indem die Art. 13 und 15 des Prioritätsgesetzes nicht mit einer Sylbe andeuten, daß derartige Vorzugsrechte der vierten Klasse auch schon zum Voraus für erst künftig entstehende Forderungen eingeräumt werden können, und es erscheint eine Unterstellung

---

[55] Der Umstand, daß der Schuldner die Darlehenssumme erst nach Ausstellung des Schuldscheins bei dem Gläubiger erhoben hat, steht dem Vorzugsrechte nicht entgegen. Der Art. 13 des Prior.-Ges. beruft „diejenigen, welche dem Schuldner gegen Ausstellung einer Schuldverschreibung Geld angeliehen haben", in die 4. Klasse, ohne zu verlangen, daß die Leistung des Darlehens der Ausstellung der Schuldverschreibung vorangehen müsse. Unter die Worte des Gesetzes fällt somit auch der Fall, wenn der Schuldner in der Erwartung, das Geld werde geschossen werden, die Schuldverschreibung ausgestellt und nach deren Ausstellung das Geld auch wirklich erhoben hat. Die Voraussetzung des Gesetzes, daß gegen Ausstellung einer Schuldverschreibung Geld angeliehen worden sey, trifft in beiden Fällen gleichmäßig zu. Entsch. des Obertribunals v. 8. Mai 1860 in S. Leihkasse B. c. Leihkasse H.

dieser Art um so unzuläßiger, als der Art. 20 des Prioritätsgesetzes solchen Erweiterungen des Gesetzes ausdrücklich entgegensteht.

Es muß aber, um auf den Grund einer Schuldverschreibung das Vorzugsrecht der IV. Klasse beanspruchen zu können, nicht nur die Forderung zur Zeit der Ausstellung des Schuldscheins bereits bestanden haben, oder doch das Geld auf den Schuldschein sofort hergegeben worden seyn, sondern es wird weiter erfordert, daß der betreffende Schuldschein selbst sowohl den Bestand als den Betrag der Schuld bestimmt ausdrücken muß. Es gehört dieß schon im Allgemeinen zum Wesen eines Schuldscheins, bei einer Schuldverschreibung aber vollends, welche ein Vorzugsrecht begründen soll und zu diesem Behuf nach dem Gesetze mit besonderen Förmlichkeiten versehen seyn muß, darf es an diesem ersten Erforderniß eines Schuldscheins nicht fehlen, und da lediglich die Urkunde mit diesen ihren Formalitäten es ist, was das Vorzugsrecht begründet, so kann es ebensowenig gestattet seyn, den Bestand der Forderung und ihren Betrag erst auf anderem Wege, z. B. mittelst anderer Urkunden bestimmt nachzuweisen, sondern es hat der Schuldschein, auf dessen Grund das Vorzugsrecht angesprochen wird, über beides selbst genügenden und sicheren Aufschluß zu geben.

Aus diesen Gründen hat das Obertribunal ausgesprochen, daß durch die Beglaubigung einer über die Eröffnung eines kaufmännischen Kredits aufgenommenen Urkunde ein Vorzugsrecht für die in Folge der Krediteröffnung kreditirt werdende Summe nicht bestellt werden könne. [56]

Entsch. des Obertribunals vom 3. März 1847 in S. W. c. St. u. v. 29. Dezember 1860 in S. de N. c. Hofbank.

---

[56] Die Entscheidung vom 26. Februar 1858 in S. de N c. Hofbank (Seuffert, Archiv Bd. 13. Nro 113. Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 3 S. 319.) steht nicht entgegen, da in dieser Sache angenommen wurde, daß die fragliche Urkunde das Anerkenntniß enthalte, daß schon zur Zeit ihrer Ausstellung der volle Kredit benützt gewesen sey, und hierin das Bekenntniß einer bei Ausstellung der Urkunde schon bestandenen Schuld in dem genannten Betrage gefunden wurde.

23) **Beurkundungszeugen im Sinn des Art. 15 des Prioritätsgesetzes können auch Verwandte des Gläubigers oder Schuldners seyn.**

Der Gerichtshof zu Ulm hatte in einem Erkenntniß vom 19. März 1853 sich dahin ausgesprochen, daß wenn man auch bezüglich der Voraussetzungen der Tüchtigkeit zum Beurkundungszeugen von den persönlichen und Familienverhältnissen absehe, welche ihn als Gerichtszeugen würden verdächtig erscheinen lassen, doch weder in dem Prioritätsgesetze, noch in den vorangegangenen Kammerverhandlungen, bei welchen Anfangs sogar „unverdächtige" Zeugen zur Beurkundung verlangt worden,[57] irgend ein Grund zu der Annahme liege, daß das Vorzugsrecht der IV. Klasse auch Schuldscheinen habe eingeräumt werden wollen, bei welchen die Beurkundung der Voraussetzungen des Vorzugsrechts von unbedingt untüchtigen Zeugen ausgegangen seye.

Anderer Ansicht war das Obertribunal, welches ganz allgemein aussprach, daß selbst die nächsten Verwandten der Betheiligten, auch Vater und Sohn Beurkundungszeugen seyn können. Unzweifelhaft fallen die Zeugen des Art. 15 des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825 unter den Gesichtspunkt von Solennitätszeugen; denn ihre Beiziehung und Mitwirkung nach dem ganzen von dem Gesetz vorgeschriebenen Umfang bildet die formelle Bedingung der Existenz des Vorzugsrechts, ist sonach mit anderen Worten eine Solennität.[58] Zwar können dieselben Zeugen im Falle eines Streits auch als Beweiszeugen gebraucht werden, allein dieß ist nicht der Zweck ihrer Zuziehung, sondern ein zufälliger Umstand, welcher ebendeßhalb für die Erfordernisse zu einem Beurkundungszeugen nicht maßgebend seyn kann.[59] Der Grund

---

[57] Verh. d. K. d. A. v. 1823 — 24 Heft XI. S. 992. vergl. jedoch hiegegen Pfaff in Sarwey's Monatschrift Bd. 10 S. 237. 238.

[58] Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. 7 S. 277. Bd. 9 S. 236. Bd. 10 S. 236 ff.

[59] Wohl aber liegt allerdings, wie v. Pfaff in der Monatschrift Bd. 10 S. 236 bemerkt, in dem Umstande, daß die Solennitäts-

und Zweck ihrer Beiziehung ist vielmehr lediglich die Herbeiführung einer zu Begründung eines vertragsmäßigen Vorzugsrechts für nothwendig erachteten gewissen Oeffentlichkeit, es soll dem Geschäfte dadurch fides publica verliehen werden. Dabei ist die den Parteien zu diesem Zwecke gelassene Wahl zwischen einer obrigkeitlichen Person oder zwei Zeugen sehr bezeichnend, denn hienach sind die Zeugen nichts anderes als Repräsentanten der mit fides publica versehenen obrigkeitlichen Person, worin eben, wie Fein [60] ausgeführt hat, der juristische Charakter der Solennitätszeugen im Allgemeinen besteht. Auf Solennitätszeugen finden aber die für Beweiszeugen geltenden Grundsätze keine Anwendung, [61] insbesondere begründet das persönliche Verhältniß des Solennitätszeugen zu einer Partei, wo nicht das Gesetz ausnahmsweise etwas Anderes bestimmt, keine Unfähigkeit desselben, was in dem ganz verschiedenen Zweck beider Arten von Zeugen seine natürliche Erklärung findet. [62] Eine besondere Bestimmung bezüglich der Fähigkeit der Beurkundungszeugen enthält das Prioritätsgesetz nicht, es gelten somit hier die allgemeinen Grundsätze. Nun gibt es allerdings allgemeine, in der Natur der Sache oder in den Gesetzen begründete Vorschriften auch hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften der Solennitätszeugen; zu den Vorschriften der ersteren Art gehört die Unfähigkeit aller Derjenigen, welchen die zur Wahrnehmung des Vorgangs nöthigen geistigen oder körperlichen Eigenschaften abgehen, zu den Vorschriften der letzteren Art die Unfähigkeit der zu Zuchthaus, Arbeitshaus oder Festungsstrafe oder zum Verlust der Ehren- und Dienstrechte Verurtheilten. [63] Unter keine dieser allge-

---

zeugen möglicherweise auch Beweiszeugen seyn müssen, eine Aufforderung an die Kontrahenten, sich solcher Solennitätszeugen zu bedienen, die auch als Beweiszeugen außer aller Einwendung stehen.

[60] in der Forts. von Glücks Comm. Bd. 44 S. 442 ff.

[61] Vergl. Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2 S. 770 Note 10. Glück, Comm. Bd. 22 S. 132 ff. Bd. 44 S. 440 ff.

[62] Sarwey, Monatschr. Bd. 8 S. 422. 423. Bd. 10 S. 232—239. Bd. 13 S. 33—36.

[63] Gesetz v. 5. September 1839 Art. 5.

meinen Vorschriften fällt aber das Verwandtschaftsverhältniß der Solennitätszeugen zu den Parteien; es begründet dieses Verhältniß die Unfähigkeit weder nach der Natur der Sache, noch gibt es eine allgemeine gesetzliche Vorschrift, welche Verwandte für untaugliche Solennitätszeugen erklärt. Selbst das nächste Verhältniß zwischen Vater und Sohn gibt keinen allgemeinen Ausschließungsgrund ab, denn bekanntlich kann schon nach römischem Recht der Sohn bei dem Testamente des Vaters, und umgekehrt dieser bei dem Testamente des Sohns Zeuge seyn, soferne der Sohn sich nicht mehr in der väterlichen Gewalt befindet, oder seine Eigenschaft als Erbe keinen Ausschließungsgrund abgibt. Gewiß ein klarer Beweis, daß die Verwandtschaft an sich zum Solennitätszeugen nicht untauglich macht. Zweifelhaft könnte nur die Frage seyn, ob nicht die aus der väterlichen Gewalt entspringende Verbindung zwischen einer Partei und einem Solennitätszeugen zu den allgemeinen gesetzlichen Unfähigkeitsgründen gezählt werden müsse. Allein auch diese Frage ist, wie man sie auch nach den strengen Grundsätzen des römischen Rechts beantworten möchte, nach württembergischem Rechte zu verneinen. Denn wenn gleich die Idee der Personeneinheit zwischen dem Vater und dem in seiner Gewalt befindlichen Sohn auch im württembergischen Rechte Eingang gefunden hat, so ist sie doch keineswegs konsequent durchgeführt worden, wie schon die Zuläßigkeit der Verträge zwischen Vater und Hauskind beweist. Aus jener Idee oder Fiktion allein lassen sich daher für das württembergische Recht keine Folgerungen ziehen, wenn nicht sonst erhellt, daß das württembergische Recht diese Folgen im einzelnen Falle wirklich adoptirt hat.[64] Nun fehlt es aber an jedem Anhaltspunkte dafür, daß der württembergische Gesetzgeber Haussöhne als unbedingt untauglich zu Solennitätszeugen erklären wollte, im Gegentheil wird z. B. unter den Unfähigkeitsgründen zu Testamentszeugen die Eigenschaft als Haussohn des Erblassers nicht aufgeführt.[65] Hie-

[64] Weishaar, württ. Privatrecht Bd. 1 §. 247. 248.
[65] Landrecht Th. III Tit. 10.

nach kommt das verwandtschaftliche Verhältniß der Beurkundungszeugen zum Schuldner oder Gläubiger überall nicht in Betracht.

Entsch. des Obertribunals vom 21. Februar 1854 in S. W. c. B.;[66] v. 18. Juli 1854 in S. Steuercoll. c. G., v. 26. Febr. 1858 in S. de N. c. Hofbank u. Gen.

---

2) Wird zur Auflösung eines Eheverlöbnisses zwischen Katholiken ein ehegerichtlicher Ausspruch erfordert?

Mitgetheilt von Herrn Rechtskonsulent Ellinger in Mergentheim.

Bei dem Civilsenat des Gerichtshofs zu Ellwangen sind aus Anlaß der Entscheidung einer Appellationssache Zweifel über die Frage entstanden, ob auch bei Parteien katholischer Konfession die vorhergehende Auflösung des Verlöbnisses durch die katholische ehegerichtliche Behörde als eine wesentliche Voraussetzung für den Eintritt der Verfolgbarkeit des dem repudiirten Theile zustehenden Entschädigungsanspruchs zu betrachten sey?[1] Der Gerichtshof wandte sich daher dießfalls an den katholischen Kirchenrath zu Stuttgart, welcher die Frage vor das bischöfliche Ordinariat zu Rottenburg brachte. Diese Behörde ließ hierauf unter dem 30. Juni 1858 folgende Aeußerung ergehen:

---

[66] Die Entsch. v. 21. Febr. 1854 ist zwar im Auszuge schon in Seufferts Archiv Bd. 8 Nro. 175 veröffentlicht worden, da jedoch hiebei die auf das württembergische Recht bezügliche Ausführung übergangen worden ist, so wird es zureichend gerechtfertigt erscheinen, daß aus Anlaß der neueren Entscheidung die ganze Ausführung hier im Zusammenhang mitgetheilt wird.

[1] Daß bei protestantischen Verlobten die Klage auf Entschädigung wegen einseitigen Rücktritts von dem Eheverlöbnisse voraussetzt, daß solches durch ehegerichtlichen Spruch zuvor aufgelöst worden, da insolange das Verlöbniß als giltig zu betrachten ist, hat das Obertribunal schon mehrfach, so z. B. in der von Seuffert, Archiv Bd. 6 Nro. 106 mitgetheilten Entscheidung vom 28. Juni 1852 in S. M. c. R. ausgesprochen, und es stimmt hiemit auch eine von Reuffer, Zeitschr. Bd. 2 S. 86 f. mitgetheilte Entsch. des G.-Hofs zu Eßlingen v. 4. April 1858 überein. (K.)

Nach der bisherigen, von dem vormaligen Bisthum Konstanz auf die Diözese Rottenburg übergegangenen, Praxis wird zur Auflösung eines Eheverlöbnisses zwischen Katholiken, wenn diese nicht vormals österreichischen Orten angehören [2] und wenn das Eheversprechen vor dem Pfarrer eingegangen worden ist, ein ehegerichtlicher Ausspruch des bischöflichen Ordinariats erfordert, gleichviel ob gegenseitige Einwilligung der Parteien in die Auflösung oder einseitiges Zurücktreten stattfindet. Eine gleiche Norm und Praxis bezüglich der nicht vor dem Pfarrer eingegangenen Eheverlöbnisse, denen in dem vormaligen Bisthum Konstanz eine kirchliche und rechtliche Geltung nicht zuerkannt wurde, hat in der Diözese Rottenburg bisher nicht bestanden.

---

3) Scheidung von Tisch und Bett nach vorderösterreichischem Recht.

Bei einer württembergischen Gerichtsstelle hat sich aus Anlaß einer nach dem vormaligen vorderösterreichischen Rechte zu behandelnden Ehedissidiensache der Zweifel ergeben, ob durch die Vorschrift des österreichischen allg. bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Novemb. 1786, I. Thl., drittes Hauptstück, §. 100, wonach eine Sonderung der Eheleute von Tisch und Bett nicht anders als im Fall beiderseitigen Uebereinkommens soll geschehen können, [1] die Bestimmung des kurz zuvor erschienenen Hof-

[2] Ein in einem ehemals vorderösterreichischen Orte abgeschlossenes Eheverlöbniß zwischen Katholiken ist nach den, für Ehesachen derselben in den vormals vorderösterreichischen, nun an Württemberg übergegangenen, Gebietstheilen noch jetzt geltenden (1. Erg.-Bd. zum Reg.-Bl. S. 70 ff.), Josephinischen Gesetzen (österr. Gesetzbuch v. 1. Nov. 1786 Hptst. III. §. 1) von Anfang an ohne rechtliche Verbindlichkeit, und bedarf daher schon aus diesem Grunde keines ehegerichtlichen Ausspruchs zu seiner Auflösung. Ein Schadenersatzanspruch wegen Rücktritts von einem solchen Verlöbnisse ist deßhalb aber nicht ausgeschlossen. Entsch. des Obertr. v. 21. Mai 1858 in S. J. c. K. Vergl. Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 4 S. 307 ff. (K.)

[1] „Wenn ein Ehegatte von dem andern gröblich mißhandelt, oder der Verführung zu Lastern und verderbten Sitten ausgesetzt wird, ist

dekrets vom 13. Okt. 1786, wonach ausnahmsweise eine Scheidung von Tisch und Bett durch richterlichen Spruch für den Fall zugelassen ist, wenn der eine Theil aus vorsätzlicher Bosheit in die Scheidung nicht willigen wollte,[2] ihre gesetzliche Geltung verloren habe und bejahenden Falls, ob dieselbe nicht etwa später wieder in Wirksamkeit gesetzt worden sey? Auf eine hierüber gestellte Anfrage wurde von dem K. K. österr. Justizministerium die Auskunft ertheilt, daß seiner Zeit die österreichischen Gerichte belehrt worden seyen, wie die Anordnung des Hofdekrets vom 13. Okt. 1786, ungeachtet in dem später kundgemachten bürgerlichen Gesetzbuche kein ausdrücklicher dißfälliger Vorbehalt enthalten seye, aufrecht bestehe, und daß in späteren Hofdekreten vom 27. April 1787[3] und vom 9. Mai 1788[4] die fortdauernde gesetzliche Geltung jener früheren Anordnung ausdrücklich bestätigt worden sey. (K.)

---

dem beleidigten Theil vorbehalten, durch die gewöhnlichen Rechtswege Hilfe und Sicherheit zu suchen. Eine Sonderung von Tisch und Bett aber soll in keinem Falle anders geschehen können, als wenn beide Eheleute übereingekommen sind, getrennt zu wohnen, und sich darzu beide über den Antheil, den jedes zu behalten oder zu empfangen hat, vorläufig einverstanden haben, als worin gerichtliche Untersuchung oder richterlicher Spruch nicht stattfinden." Petzek, Samml. der vorderösterreich. Gesetze. Bd. 1, S. 144.

[2] „Bei der in dem Ehepatente zur Scheidung von Tisch und Bett festgesetzten Einwilligung beider Theile hat es zwar sein Bewenden. Wenn jedoch der eine oder andere Theil aus vorsätzlicher Bosheit in diese Scheidung nicht willigen wollte, soll hierüber die Gerichtsbehörde erkennen, die Partei diese Erkenntniß unnachsichtlich befolgen, und auf diese Art die Scheidung vor sich gehen." Petzek, a. a. O. Bd. 8, S. 198, 199.

[3] „Wo der Richter gemäß höchster Resolution vom 13. Okt. 1786 wegen, von einem der Eheleute aus vorsätzlicher Bosheit verweigerter, Scheidung von Tisch und Bett einzugehen hat, wird eine ordentliche Erkenntniß aufgetragen, welche eine ordentliche Klage, Verhandlung und den weiteren Rechtszug mit sich führt ...." Nro. 670 der österreich. Justizgesetzsammlung.

[4] „In allen Fällen, wo dem Richter gestattet ist, in eine zwischen Eheleuten streitige, von dem einen Theile aus Bosheit verweigerte, Sonderung von Tisch und Bett einzuschreiten, ist ihm auch unbenommen, über die dabei vorfallende Abtheilung des Vermögens, soweit die Eheleute unter sich nicht einig werden könnten, sein Amt zu handeln." Nro. 824 der österreich. Justizgesetzsammlung.

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

Absicht, deren Beweis. 195.

Actio de recepto. Begriff der vis major. 96. (siehe auch Klage.)

Akteneinsicht, den schriftlichen Antrag des Staatsanwalts auf Verweisung ist der Angeklagte und sein Vertheidiger einzusehen berechtigt. 5.

Alimente, Verpflichtung der väterlichen und mütterlichen Ascendenten zu deren Verabreichung an die ehelichen Enkelkinder. 179. Verbindlichkeit der Eltern zu deren Leistung an die Kinder nach erfolgter Ehescheidung. 437. Klagrecht der getrennten Mutter auf Ersatz der von ihr erst aufzuwendenden Alimente auf die in ihrer Pflege befindlichen Kinder. 439. Anspruch der Ehefrau eines Gantmannes auf solche aus der Gantmasse. 182. Provisorische Verabreichung. 183.

Almosen, ist eine Armenstiftungspflege zu dessen Zurückforderung berechtigt, wenn der Empfänger später zu Vermögen gekommen? 392. (siehe auch Kompetenz).

Appellationssumme bei Klagen auf Rechnungsstellung. 200. Bei Entschädigungsforderungen für die Zukunft und Vergangenheit. Zusammenrechnung nicht statthaft. 201. Deren Vorhandenseyn in Folge der Rechtskraft der Entscheidungsgründe. 245. Einzelne Fälle einer solchen Begründung der Appellabilität. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 256. 257. 258. 260. 261. Bloße Möglichkeiten können hiebei nicht in Betracht kommen. 247. 256. 257. 258.

Arrestjustifikation setzt das Vorhandenseyn des Arrestobjekts voraus. 447.

Assignatar, Klagerecht desselben gegen den Bürgen des Assignaten 165.

Autonomie der Verkehrsanstalten bezüglich der Haftungsgrundsätze. 119.

B.

Baulast an Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden; deren Abfindung bei der Ablösung des Zehenten. 135. Grundsätze für die Bemessung der zu Bauzwecken verwendbaren Mittel des Prinzipal-Baupflichtigen. 139. Kompetenz bei dißfälligen Streitigkeiten. 136.

Begünstigung eines zur Aburtheilung vor das Schwurgericht gehörigen Verbrechens. Kompetenz des Schwurgerichts. 11.

Beschwerden über Durchstriche von Anrechnungen in Schwurgerichtsfällen. Zuständigkeit. 33. 34. gegen den Ausspruch eines Civilgerichts über seine Zuständigkeit. 198.

Besitzstand wird durch prov. Maßregeln des Gerichts nicht verändert. 159.

Betrug, Erörterung des Thatbestandes desselben 317; insbesondere liegt Betrug nur vor, wenn der Getäuschte Eigenthum übertragen oder auch wenn er nur den Besitz einräumen wollte? 318. Ist zur Annahme des Betrugs Indentität des Getäuschten und Benachtheiligten erforderlich? 324. Ist neben Erlangung eines Vermögensvortheils auch die Hervorrufung eines Vermögensnachtheils zum Betrug erforderlich? 331. Ist strafbarer Betrug auch bei Täuschungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten möglich? 331. Konkurrenz von Unterschlagung und Betrug 332.

Beurkundungszeugen im Sinne des Art. 15 des Prioritätsgesetzes können auch Verwandte seyn. 453.

Beweis zum ewigen Gedächtniß (siehe Zeuge).

C.

Cessionare, Sicherstellung der Rechte derselben durch Erhebung einer Klage gegen den abgetretenen Pfandschuldner. 160.

D.

Dienstbarkeiten, deutschrechtliche Grunddienstbarkeiten setzen nicht nothwendig ein herrschendes Gut voraus. 416. Note 3.

Dolus, Haftung der Frachtführer und Eisenbahnen für solchen, Verbot des pactum ne dolus praestetur, Gleichstellung der culpa lata. 122. 128.

E.

Ehefrau, kann, wenn sie in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebte, und im Gante ihres Ehemannes zu den weiblichen Freiheiten zugelassen worden ist, für eine gemeinschaftlich mit ihrem Ehemann kontrahirte Schuld nicht blos auf die Hälfte des in dessen Gante durchgefallenen Forderungsrests, sondern auf die ganze unbefriedigt gebliebene ursprüngliche Schuldhälfte in Anspruch genommen werden. 426.

Ehemann, dessen Befugniß, aus dem Beibringen seiner Ehefrau für derselben aus Gefälligkeit geleistete Dienste eine billig mäßige Remuneration zu geben. 178.

Ehescheidung, Einfluß auf das Erziehungsrecht. 433. Verlust des Heirathguts. 441. Scheidung von Tisch und Bett nach vorderösterreichischem Recht. 457.

Eheverlöbniß zwischen katholischen Verlobten bedarf einer Auflösung durch die ehegerichtliche Behörde nur, wenn solches vor dem Pfarrer eingegangen worden. 456. Die Klage auf Entschädigung wegen Bruchs eines Eheverlöbnisses zwischen protestantischen Verlobten setzt Aufhebung des Eheverlöbnisses durch das Ehegericht voraus. 456 Note 1.

Eid, Befugniß des Oberrichters solchen von Amtswegen zu beseitigen. 445.

Eidesunfähigkeit eines wegen Meineids Bestraften nach dessen Restitution. 373.

Einreden, Ergänzungsrecht des Richters. 264. Darf insbesondere die Einrede der Verjährung von Richteramtswegen ergänzt werden? 263, 270. Verzicht auf die Einrede der V. 272.

Eisenbahnen, deren Haftpflicht für Beschädigungen und Verluste. 83. Insbesondere vom Einfluß der Grundsätze vom receptum. 96. Vom Frachtvertrag 114 und der Abänderung dieser Grundsätze durch die Eisenbahnordnungen. 83, 119. Verbot des pactum ne dolus praestetur. 123, 131. Gleichstellung der culpa lata. 122. Beweislast. 124, 126, 128. Vertragsmäßige Festsetzung derselben 124, 126, 130. Ausschluß der Haftpflicht bei unbeanstandeter Annahme des beschädigten Frachtstücks. 127. Einfluß des dolus und Irrthums auf diesen Grundsatz. 127, 127. Reklamationsfristen. 129. Maß der Haftung 131, 133. Haftung für Verspätungen. 132.

Eisenbahnordnungen, deren Bestimmungen in Beziehung auf Beschädigungen und Verluste 83. Deren Natur. 121. Nothwendigkeit ihrer Bekanntmachung. 121. Rechtliche Giltigkeit ihrer Bestimmungen. 122, 126. Verbot des pactum ne dolus praestetur. 123, 131. Auslegung. 127.

Entscheidungsgründe, deren Rechtskraft. 245.

Ersatzmänner für den Bezirksausschuß zu Feststellung der Jahresliste der Geschworenen. 18.
Erziehungsrecht der Eltern während der Dauer der Ehe. 429 Nach geschiedener Ehe. 433. Vorgehendes Recht des Vaters. 429, 431, 432. Der Mutter bei Kindern unter 7 Jahren. 432. Entscheidend ist die Rücksicht auf das Wohl der Kinder. 430, 434, 435, 436.

F.

Frachtführer, Haftung desselben für die von ihm verwendeten Personen. 115. Auch wenn der Fiskus Frachtführer ist. 120 Note 94. Für dolus und culpa lata. 122. Verbot des pactum ne dolus praestetur. 122, 131. Beweislast. 124. 126. 128. 130. Ausschluß der Haftpflicht bei unbeanstandeter Uebernahme des Frachtstücks 127. Einfluß des dolus und Irrthums auf diesen Grundsatz. 127. 128.
Frachtvertrag im Verhältniß zum receptum und den Eisenbahn- und Posttransport-Ordnungen. 114.

G.

Geschworene, Wahl der Ersatzmänner für den Bezirksausschuß zu Feststellung der Jahresliste. 18.
Geständniß des Gemeinschuldners vor und nach dem Ausbruch des Gants. 196. Widerruf aus dem Grunde des Irrthums über die aus dem Geständniß abzuleitenden Folgen. 444.
Gerechtigkeit zu Luft und Licht. 286. Erfordernisse des Besitzes, sowie des Erwerbs durch Verjährung. 302.
Gerichtsstand der geführten Verwaltung. 189. Des Vertrags. 189. Insbesondere bei Klagen von Ausländern gegen bayerische Unterthanen. 442. Der Erben. 191. Des Arrests bei Klagen von Ausländern gegen Ausländer. 442 Note 45.
Gewohnheitsrecht, dessen Begründung insbesondere durch die Gerichtspraxis. 283.

H.

Heirathgut, dessen Verlust in Folge der Ehescheidung. 441.

I.

Interdictum retinendae possessionis. Verjährung desselben. 157.
Irrthum, inwieferne ein Vergleich auf den Grund eines solchen angefochten werden kann. 161. Thatsächlicher, Begriff. 418. Widerruf eines Geständnisses wegen Irrthums über die daraus abzuleitenden Folgen. 444.
Juristentag, der erste deutsche zu Berlin. 206. Ordnung für denselben. 215.

K.

Kassatorische Klausel bei Ratenwechseln. 309.

Kauf, der Verzug des Käufers gibt für sich dem Verkäufer kein Recht zum Rücktritt und Weiterverkauf und zur Klage auf das Interesse. 418. (Siehe auch Verzug.)

Klage auf Rechnungsstellung, deren Inhalt. 166. Auf Anerkennung der Existenz einer pers. Verb. 168. Auf Schadenersatz ohne gleichzeitige Liquidation des Schadens unstatthaft. 167. Auf Schadenersatz gegen einen Gemeindepfleger wegen unbefugten Verzichts auf ein Unterpfand 176. Aus einem Schiedsvertrag. 169. Negatorienklage gegen eventuelle Dienstbarkeitsanmaßung. 417.

Klagerecht bei Streitigkeiten, über die, zum Behuf der Abfindung einer subsidiär auf dem Zehentbezug haftenden kirchlichen Baulast erforderliche Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen. 147. Des Assignatars gegen den Bürgen des Assignaten. 165. Der von ihrem Ehemann getrennt lebenden Mutter auf Ersatz der von ihr erst aufzuwendenden Alimente auf die in ihrer Pflege befindlichen Kinder. 439.

Kompetenz der Schwurgerichte bezüglich der Mitschuldigen und Begünstiger eines zur Aburtheilung vor die Schwurgerichte gehörigen Verbrechens, sowie bezüglich des Versuchs eines solchen Verbrechens. 11.

— der Schwurgerichtshöfe a) zur Entscheidung über Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Vollstreckung eines Schwurgerichtserkenntnisses bezüglich der Untersuchungskosten und der Ersatzansprüche der Civilpartei. 24. b) Zur Abänderung, beziehungsweise Verwandlung einer von einem andern Gerichte rechtskräftig erkannten, aber noch nicht oder nicht vollständig vollzogenen Strafe. 30.

— des Kassationshofs für Beschwerden über Durchstriche von Anrechnungen in Schwurgerichtsfällen. 33, 34.

— der Civil- und Administrativjustizbehörden bei Streitigkeiten über die, zum Behuf der Abfindung einer subsidiär auf dem Zehentbezug haftenden kirchlichen Baulast erforderliche Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen. 135.

— der Administrativjustizbehörden zur Entscheidung von Streitigkeiten über Kommunwaiderechte .186. Zur Entscheidung von Ansprüchen aus einem Gewerbelehrvertrage, insbesondere von Klagen auf Entschädigung wegen vorzeitigen Austritts des Lehrlings aus der Lehre. 187, 348. Zur Entscheidung eines Streits betr. die Zurückforderung eines von einer Armenstiftungspflege ausgetheilten Almosens, wenn der Empfänger später zu Vermögen ge-

kommen. 395, 397, 399, 409.
— der Civilgerichte unterliegt deren selbstständiger Prüfung, und es steht dem Justizministerium eine Kognition hierüber nicht zu. 337, 339, 343, 346.
— der Kirchengewalt zur Entscheidung über die Giltigkeit der Suppression einer Pfründe. Unzuständigkeit der Gerichte. 442.
Kompetenzkonflikt zwischen Civil- und Administrativrichter, wenn solcher vorhanden? 333, 336, 337, 338. Unterscheidung zwischen negativen, 340, und positiven Kompetenzkonflikten. 342. Verfahren in Beziehung auf Fiskalprozesse. 334 ff. Die Entscheidung eines Kompetenzkonflikts durch das Staatsoberhaupt hat nicht den Charakter einer allg. rechtsverbindlichen Norm, sondern ist auf den einzelnen Fall beschränkt. 345.
Kompensation illiquider Gegenforderungen im ordentlichen Prozeß. 421.
Kompromiß. 169.
Kommunwaiderechte. 186.
Kostenanrechnungen der Vertheidiger in Schwurgerichtssachen. 33, 34, 35, 36.
Krediteröffnung, kaufmännische, Bestellung eines Vorzugsrechts. 452.
Kreisgerichtsvorstand kann einen einmal ernannten Schwurrichter seiner Funktionen nicht wieder entheben. 1.

L.

Leibesfrucht, deren fahrläßige Vernichtung oder Beschädigung. Strafbarkeit. 37.
Liquidationsverfahren, dessen Trennung von dem Hauptverfahren findet nur ausnahmsweise Statt. 195.
Luft- und Lichtrecht. 286.

M.

Meineid, die Bestrafung macht eidesunfähig, und diese Unfähigkeit wird auch durch Restitution nicht gehoben. 373.
Mora, siehe Verzug.

N.

Negatorienklage gegen eventuelle Dienstbarkeitsanmaßung. 417.
Nichtigkeitsklage gegen ein Prioritätsurtheil wegen unterlassener spezieller Ladung eines Gläubigers. 201.
Nothfrist zur Ausführung der Berufung. Deren Berechnung, wenn die Partei erst nach deren Ablauf Nachricht von dem Erkenntniß erhält. 199.

O.

Officialvertheidigung bei Nichtigkeitsklagen der Angeklagten gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse. 7. Gegen Verweisungserkenntnisse. 11.

P.

Pfandrecht, dessen Erlöschung wird durch die Löschung des Pfandeintrags im Unterpfandsbuche für sich nicht bewirkt. 159.
Posttransportordnungen; Bestimmungen in Beziehung auf Beschädigungen und Verluste. 83. Deren Natur. 121. Deren rechtliche Giltigkeit. 122. 126. Deren Auslegung. 127. Verbot des pactum ne dolus praestetur. 123.
Präklusivbescheid, wird durch solchen ein vor dessen Ausspruch nicht geltend gemachtes Vorzugsrecht einer selbst nicht von ihm betroffenen Forderung ausgeschlossen? 447.

R.

Ratenwechsel, Begriff und Giltigkeit. 309.
Reallasten, deren Ersitzung 417.
Rechnungsstellung, Umfang der Verpflichtung hiezu. 166.
Rechtskraft der Entscheidungsgründe; deren Einfluß auf die Frage von der Appellabilität und die Sportelberechnung. 245.
Reformatio in pejus, Befugniß des Oberrichters einen von dem Unterrichter auferlegten zugeschobenen Eid von Amtswegen zu beseitigen. 445.
Rekusation eines Richters wegen Aeußerung seiner vorläufigen Ansicht über den Ausgang des Prozesses. 194.
Restitution eines wegen Meineids Bestraften; deren Wirkung auf dessen Eidesfähigkeit und auf dessen Befähigung zu Bekleidung einer Gemeinderathsstelle. 373. Siehe auch Wiedereinsetzug in den vorigen Stand.

S.

Sachverständige in dem Verfahren vor den Schwurgerichtshöfen sind zur Annahme und Befolgung der ihnen ertheilten gerichtlichen Auflagen verpflichtet. 27.
Schafwaiderechte, siehe Waiderecht.
Schaden, Haftung der Eisenbahnen für solchen. 83.
Schadenersatzklage ohne gleichzeitige Liquidation des Schadens ist unstatthaft. 167. Gegen einen Gemeindepfleger wegen unbefugten Verzichts auf ein Unterpfand. 176.

Schiedsvertrag, zu dessen Klagbarkeit gehört die Bestimmung der Person der Schiedsrichter. 169. Die vorgängige Annahme der Wahl von Seiten der letzteren wird jedoch nicht erfordert. 174.

Schiffer, dessen Haftung für Schaden. 96.

Schwurgerichte, deren Kompetenz, siehe Kompetenz.

Schwurgerichtshof, Kompetenz, siehe Kompetenz.

Schwurgerichtspräsident, als solcher zu funktioniren ist ein Mitglied des Kreisgerichtshofs nicht verhindert, welches an der Verhandlung der Plenarversammlung, bezüglich der vorangegangenen Disziplinaruntersuchung gegen den Angeklagten Theil genommen. 4.

Schwurrichter, welcher einmal ernannt ist, kann von dem Kreisgerichtsvorstand seiner Funktionen nicht wieder enthoben werden. 1. Ueber seine Verhinderung und Ersetzung im Verhinderungsfalle entscheidet der Schwurgerichtshof. 2, 3. Eine ausdrückliche Annahme der Ernennung Seitens des Schwurrichters ist nicht erforderlich. 3. Als solcher kann auch ein Mitglied des Kreisgerichtshofs funktioniren, welches an dem Plenarbeschlusse bezüglich der vorausgegangenen Disziplinaruntersuchung gegen den Angekl. Theil genommen. 4.

Servitut auf Luft und Licht. 286. Erwerb derselben durch Verjährung. 302. Was gehört zum Besitz einer negativen Servitut und deren Erwerb durch Verjährung. 303.

Simulation, Beweis. 196.

Solennitätszeugen, deren juristischer Charakter. 453.

Sportelberechnung im Falle der Begründung der Appellabilität durch die Rechtskraft der Entscheidungsgründe. 245.

Streitverkündigung ist nur in Eviktionsfällen nothwendig und kann selbst in diesen Fällen ausnahmsweise unterbleiben. 162.

Suppression einer Pfründe, Kompetenz. 442.

U.

Urkunden, gemeinschaftliche im Falle der Betheiligung als Bürge. 444.

V.

Vergleich, dessen Anfechtung wegen Irrthums. 161.

Verjährung des interdictum retinendae poss. 157. Darf die Einrede der V. von Richteramtswegen ergänzt werden? 263. Auch auf die vollendete V. kann giltig verzichtet werden. 272. Erwerb des Luft- und Lichtrechts durch V. 302. Erwerbende V. der Reallasten. 417.

Verjährungsfristen deren Abänderung durch Privatwillen. 130.

Vertheidigung von Amtswegen in Nichtigkeitsklagsachen gegen Schwurgerichtliche Erkenntnisse findet nur Statt, wo den Angekl. in Folge der Verhandlung vor dem Kassationshof Zuchthausstrafe treffen kann. 35. 36.

Verzicht auf die Einrede der Verjährung. 272.

Verzug des Käufers gibt für sich dem Verkäufer kein Recht zum Rücktritt und Weiterverkauf, und zur Klage auf das Interesse. 418. Weiterverkauf oder Preisgebung des Kaufgegenstands ist nur ausnahmsweise statthaft 419. Mitwirkung des Gerichts in diesem Falle aber nicht erforderlich. 419 Note 10.

Verzugszinse im Gant. 183.

Vis major gleichbedeutend mit casus. 100.

Vormund, dessen Haftung wegen ungenügend gesicherter Anlage von Pflegschaftsgeldern 177.

Vorzugsrecht im Gante ist auch im Falle eines Anerkenntnisses von Amtswegen zu prüfen. 448. Des Pfandgläubigers in IV. Klasse. 45. Der Kinder im Gante der Eltern wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der letzteren stehenden Vermögens hört mit der Beendigung des gesetzlichen Verwaltungsrechts nicht zugleich auf. 449. Für eine künftige Forderung, insbesondere eine kaufmännische Krediteröffnung kann durch Beglaubigung der darüber aufgenommenen Urkunde ein Vorzugsrecht IV. Klasse nicht bestellt werden 450. Die Erhebung der Darlehenssumme nach Ausstellung des Schuldscheins steht dem Vorzugsrecht nicht entgegen 451, Note 55. Die zu Erwirkung des Vorzugsrechts IV. Klasse gebrauchten Beurkundungszeugen können auch Verwandte der Parteien seyn 453. Wird durch den Präklusivbescheid ein vor dessen Ausspruch nicht geltend gemachtes Vorzugsrecht einer selbst nicht von ihm betroffenen Forderung ausgeschlossen? 447.

W.

Wahrspruch der Geschworenen; ist durch solchen der wegen eines leichteren Verbrechens Angeklagte verurtheilt worden, so kann solcher aus dem Grunde, weil sich später die innere Seite der That als ein schwereres Verbrechen zeigt, nicht angefochten und ein neues Verfahren deßhalb nicht eingeleitet werden 19.

Waiderecht, Kommunwaiderechte. 186. Schafwaiderechte können auch ohne das berechtigte Gut veräußert werden 416, und setzen nicht nothwendig ein herrschendes Gut voraus 416. 417 Note 3.

Wechsel, Begriff und rechtliche Natur 317. Ratenwechsel und kassatorische Klausel 309.

Wiederaufnahme einer durch schwurgerichtliches Erkenntniß erledigten Untersuchung. Normen für die Behandlung der dießfälligen Gesuche 21.

Wiedereinsetzung in den vor. Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß auf den Grund neuen Vorbringens, welches aus Vergeßlichkeit früher nicht geltend gemacht worden. 203. Welche Beweismittel sind zuläßig, wenn ein Wiedereinsetzungsgesuch auf neu entdeckte Thatsachen gestützt wird? 205. Die Erneuerung eines Restitutionsgesuchs aus demselben Grunde ist unstatthaft. 446.
Wirth, dessen Haftung für Schaden. 96.

Z.

Zeuge; welches Alter desselben ist zu Begründung eines Gesuchs um Vernehmung zum ewigen Gedächtniß erforderlich? 197. Siehe auch Beurkundungszeugen.
Zeugniß über Wahrnehmungen aus der Zeit der Unmündigkeit. 197.
Zinsen aus dem Streitgegenstand können ohne Anrufen der Partei nicht zuerkannt werden. 278 Note 33.
Zufall, Haftung für denselben. 99.

---

führung in den Gefängnißeinrichtungen; — Hinweis auf bemerkenswerthe und nachahmungswürdige Institutionen des Auslandes; — Darstellung der für Verwendung der Beweismittel und für die Criminalpsychologie bemerkenswerthen Strafrechtsfälle aus der Praxis; — Mittheilungen wichtiger Fortschritte der gerichtsärztlichen Wissenschaft und Darlegung ihrer Benutzung für das Verfahren der Gerichte; — endlich Besprechung hervorragender literarischer Erscheinungen auf den genannten Gebieten."

Vermöge dieser Vielseitigkeit der in Anspruch genommenen Mittel, welche wissenschaftlich gehandhabt und in ihren Resultaten möglichst allgemein verständlich dargelegt werden sollen, steht zu hoffen, daß nicht nur den Bedürfnissen und Wünschen gelehrter Juristen und Mediciner entsprochen werde, sondern auch auf die Theilnahme Derjenigen gerechnet werden dürfe, welche als Mitglieder der Kammern, der Landtage, der Schwurgerichte, der Gefängnißvereine oder sonst irgend wie Beruf oder Neigung haben an den praktischen Aufgaben des Strafrechts mitzuwirken.

Größerer Uebersichtlichkeit und erleichterter Benutzung halber wird der in jeder einzelnen Nummer der **„Strafrechtszeitung"** enthaltene Stoff nach der im Titel angegebenen Reihenfolge geordnet, außerdem der Mittheilung von Strafrechtsfällen von hervorragender Bedeutung oder besonderem Interesse eine eigene Abtheilung am Schlusse des Blattes angewiesen werden.

Wie nun die Namen des Herrn Herausgebers und seiner ständigen Mitarbeiter, denen sich andere bedeutende Schriftsteller und Praktiker, wie die Herren: Geh. Rath, Prof. Dr. Abegg, Rechtsanwalt Dr. Barth in Augsburg, Staatsanwaltsgehülfe Dr. Dambach, Prof. Dr. Geßler, Prof. Dr. Glaser, Oberstaatsanwalt v. Groß, Oberstaatsanwalt

Leipzig, im December 1860.

Unterzeichneter bestellt hiermit

v. Holtzendorff, Staatsanwalt Oppermann, k. k. Landgerichtsarzt Dr. Schlager in Wien, Staatsanwaltsgehülfe Sundelin, Prof. Dr. Temme, Oberstaatsanwalt v. Tippelskirch, Geh. Rath, Prof. Dr. v. Wächter, Prof. Dr. Wahlberg, Prof. Dr. Walther in München, Privatdocent Dr. Wieding in freierer Thätigkeit angeschlossen haben, für eine gediegene und ansprechende Durchführung des Unternehmens Bürgschaft leisten, so wird auch die unterzeichnete Verlagshandlung an ihrem Theile bestrebt sein, durch zweckmäßige und solide Ausstattung bei billigem Preise die Gunst des Publikums für dasselbe zu gewinnen.

Die **„Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung"** wird in Nummern von der Stärke je eines Bogens (Median-Quartformat, mit zweispaltigem, compressen Satz) allwöchentlich am Sonnabend erscheinen. Eine Pause ist, mit Rücksicht auf die üblichen Gerichtsferien, für den Monat August in Aussicht genommen, doch soll den Abnehmern ein Ersatz für diesen Ausfall durch eine außerordentliche **Michaelis-Ergänzungsbeilage** geboten werden, welche gleichzeitig mit der letzten Nummer des 3. Quartals zur Ausgabe gelangt.

Der vollständige Jahrgang kostet 4 Thlr. Preuß. Court., und abonnirt man zum mindesten auf ein Quartal im Preise von 1 Thlr. Court. — Einzelne Nummern können nur ausnahmsweise abgelassen werden, ohne Verbindlichkeit.

Alle Buchhandlungen, wie auch die Postämter nehmen Bestellungen an. — Prospectus und Probenummern der Zeitschrift sind durch die Buchhandlungen gratis zu empfangen.

☞ **Beiträge** für die Zeitschrift sind an den Herausgeber (**Dr. Franz von Holtzendorff** in Berlin) portofrei einzusenden und werden nach Befinden angemessen honorirt.

Joh. Ambr. Barth.

Verlagsbuchhandlung.

Extrabeilage.

Die Preußische Gerichtszeitung, als das Organ des Deutschen Juristentags, veröffentlicht folgende Einladung zum zweiten Deutschen Juristentage, welche wir zur Kenntniß unserer Leser zu bringen um so mehr uns verpflichtet fühlen, als das von dem Deutschen Juristentage angestrebte Ziel eines einheitlichen deutschen Rechts eine zahlreiche Betheiligung auch von Seiten Württembergs sehr wünschenswerth erscheinen läßt und wir daher die Einladung allen Fachgenossen auf das wärmste empfohlen haben möchten.

Die Redaktion des württ. Archivs.

Einladung zum zweiten Deutschen Juristentage.

Indem wir das Protokoll über unsere am 22., 23. und 24. Mai d. J. in Berlin stattgehabte Sitzung durch die Preußische Gerichtszeitung als Organ des Deutschen Juristentages zur öffentlichen Kenntniß bringen, erlauben wir uns aus demselben folgende Beschlüsse hervorzuheben:

1) Der zweite Deutsche Juristentag findet zu Dresden am 27., 28., 29. und 30. August d. J. statt.
2) Beitrittserklärungen nimmt nicht nur der geschäftsführende Präsident der ständigen Deputation und deren Schriftführer, Stadtrichter Hiersemenzel, zu Berlin, sondern auch das Deputationsmitglied, Generalstaatsanwalt Dr. Schwarze zu Dresden entgegen.
3) Die Anmeldungsliste wird mit dem 31. Juli d. J. geschlossen, so daß nur diejenigen neuen Mitglieder, welche vor dem 1. August d. J. entweder bei dem geschäftsführenden Präsidenten oder Schrift-

führer in Berlin oder dem Dresdener Deputationsmitgliede angemeldet worden, zur Theilnahme an den diesjährigen Verhandlungen zugelassen werden.

4) Die Mitgliedskarten pro 1861 werden schon jetzt an die Vereinsmitglieder übersendet. Dagegen erfolgt die Vertheilung der Anmeldungskarten für die an den dießjährigen Verhandlungen persönlich Theil nehmenden Vereinsmitglieder erst in Dresden gegen Vorzeigung der Mitgliedskarten.

Aus dem Statut des Deutschen Juristentages vom 30. August 1860 heben wir nachstehende Bestimmungen hervor:

§. 3. Zur Mitgliedschaft berechtigt sind die Deutschen Richter, Staatsanwälte, Advokaten und Notare, die Aspiranten des Richteramtes, der Anwaltschaft und des Notariats, die Lehrer an den deutschen Hochschulen, die Mitglieder der gelehrten Akademien, die Doktoren der Rechte und die rechtsgelehrten Mitglieder der Verwaltungsbehörden.

§. 4. Der Beitrag der Gesellschaftsmitglieder ist auf drei Thaler jährlich festgesetzt (und jeder neuen Beitrittserklärung pro 1861 beizufügen).

§. 10 Nr. 3. Die ständige Deputation hat (bei Aufstellung der vorläufigen Tagesordnung) in der Regel nur die bis zum 31. Mai des laufenden Jahres eingegangenen Vorlagen (Anträge) zu berücksichtigen.

Die vorläufige Tagesordnung, soweit sich dieselbe bereits feststellen ließ, ergiebt sich aus Nr. I. und III. unseres letzten Sitzungsprotokolls; Ergänzungen derselben, sowie das eigentliche Programm ꝛc. werden durch die Preußische Gerichtszeitung veröffentlicht werden.

Die Vertheilung der dießjährigen Drucksachen beginnt im Juni d. J.

Berlin, den 28. Mai 1861.

Die ständige Deputation des Deutschen Juristentags.
Dr. Bornemann.


LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 954 080